

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA INTERNACIONAL DE MAESTRÍA EN DERECHO

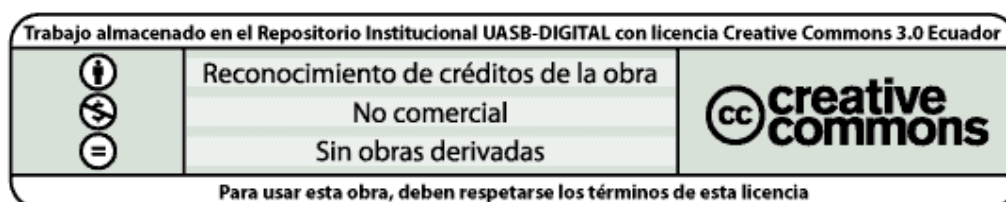
CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES

JURISDICCIONALES INDÍGENAS EN ECUADOR

XIMENA PATRICIA RON ERRÁEZ

2011



Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previstos para la obtención del grado de Magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Ximena Patricia Ron Erráez

Quito, 30 de noviembre de 2011

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA INTERNACIONAL DE MAESTRÍA EN DERECHO

CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES

JURISDICCIONALES INDÍGENAS EN ECUADOR

XIMENA PATRICIA RON ERRÁEZ

TUTOR: DR. AGUSTÍN GRIJALVA JIMÉNEZ Ph.D.

QUITO-ECUADOR

2011

RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito analizar en qué forma la justicia estatal ecuatoriana, a través de la Corte Constitucional, examina o debería examinar las decisiones de carácter jurisdiccional emitidas por autoridades indígenas en la resolución de sus conflictos. El análisis propuesto pretende determinar de qué manera el máximo organismo de interpretación y control constitucional, debe conciliar las diferencias de la visión indígena y la visión eurocéntrica, en la sustanciación de la acción extraordinaria de protección en contra de decisiones jurisdiccionales indígenas.

Para alcanzar los fines planteados, empiezo explorando el alcance y relaciones de los conceptos de Estado plurinacional; pluralismo jurídico, nación cívica y nación étnica cultural; control constitucional; decisiones jurisdiccionales indígenas y límites a la Corte Constitucional en la acción extraordinaria de protección en contra de resoluciones indígenas. Finalmente realizo un breve estudio del denominado caso La Cocha 2, que actualmente se sustancia en la Corte Constitucional por impugnación a una decisión judicial indígena, a fin de determinar cuáles son los parámetros que la Corte Constitucional debe considerar al momento de resolver.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción

CAPÍTULO I. PLURINACIONALIDAD Y PLURALISMO JURÍDICO

1. Plurinacionalidad

1.2. Definiciones y características

1.3. Origen de la plurinacionalidad

1.4. Consecuencias de la plurinacionalidad

1.5. Críticas a la plurinacionalidad

1.6. Otros términos para la diversidad cultural

1.7. Plurinacionalidad en Ecuador y otros países andinos

2. Pluralismo jurídico

2.1. Pluralismo jurídico en el Ecuador. Derechos indígenas

CAPÍTULO II. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES INDÍGENAS

1. Control Constitucional. Revisión de sentencias judiciales

2. Decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador

3. Control Constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador y Colombia

4. Límites a la jurisdicción indígena en Ecuador

4.1. Límites objetivos. Territorio y competencia

4.2. Límites subjetivos. Derechos humanos

CAPÍTULO III. CASO "LA COCHA 2" Y PARÁMETROS QUE DEBE OBSERVAR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SUSTANCIACIÓN DE LA

ACCIÓN DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECISIONES JURISDICCIONALES INDÍGENAS

1. Caso de Control Constitucional de decisión jurisdiccional indígena

1.1. Generalidades

1.2. Antecedentes caso “La Cocha 1”

1.3 Antecedentes caso “La Cocha 2”

1.4. Causa 0731-2010-EP acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de la justicia indígena

2. Parámetros que debe observar la Corte Constitucional en la sustanciación de la acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígena

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

INTRODUCCIÓN

La investigación que propongo, insiste en el problema que irremediablemente surge dentro de un Estado plurinacional ¿Cómo pueden conciliarse las tensiones de sistemas jurídicos diversos? La perspectiva que pretendo dar al problema planteado, toma como referencia la institución del control de constitucionalidad de las decisiones de la jurisdicción indígena, establecido en la vigente Constitución. El control de constitucionalidad de decisiones jurisdiccionales indígenas constituye una de las formas de lograr la coordinación y cooperación entre las justicias indígena y estatal, al ser la Corte Constitucional el único organismo estatal autorizado constitucionalmente para revisar este tipo de decisiones con la atribución de rectificarlas o ratificarlas, armonizando el encuentro entre las justicias, y evitando la vulneración de los principios fundamentales de cada cultura con aquellos que rigen a la sociedad mayoritaria. De esta manera, la pregunta central que se plantea en esta investigación es ¿cuáles son los parámetros que debe observar la Corte Constitucional ecuatoriana, en la sustanciación de la acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas? Para responder a esta pregunta he desarrollado tres capítulos que en síntesis se refieren a lo siguiente:

El capítulo primero denominado “*Plurinacionalidad y pluralismo jurídico*” empieza aclarando lo que debe entenderse por plurinacionalidad, cuál es su origen y cuáles sus consecuencias. De igual manera, se analiza el concepto de pluralismo jurídico y las formas en que se presenta, para luego enfocarse

específicamente en el pluralismo jurídico ecuatoriano que deriva del reconocimiento de la justicia indígena.

El capítulo segundo, denominado “*Control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas*”, introduce el tema central de la investigación, analizando previamente la institución del control constitucional, su origen y aplicación a la revisión de sentencias judiciales. Posteriormente, para entender con mayor claridad la problemática, se plantean algunas reflexiones acerca de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador, señalando características y diferencias con las resoluciones estatales. Debido a que el control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador es un concepto nuevo, con la finalidad de considerar jurisprudencia referencial comparada, se analiza la acción de revisión de tutelas contra actos de autoridades indígenas en Colombia. Finalmente se examina el difícil tema de los derechos humanos como límite a la jurisdicción indígena en Ecuador, tomando como referencia algunas importantes sentencias colombianas.

El capítulo tercero, denominado “*Caso La Cocha 2 y límites a la Corte Constitucional*” busca llevar a la práctica los conceptos y reflexiones desarrolladas en los capítulos anteriores, para lo cual se analiza este caso que actualmente se sustancia en la Corte Constitucional como una forma de control constitucional de decisiones indígenas.

CAPÍTULO I

PLURINACIONALIDAD Y PLURALISMO JURÍDICO

1. Plurinacionalidad

1.1. Definiciones y características

Muchos intelectuales debaten acerca de la plurinacionalidad y sus efectos; los expertos dividen sus criterios a favor y en contra. Algunos de ellos consideran que no debería hablarse de plurinacionalidad, sino de plurinacionalidades o manifestaciones plurinacionales¹. Sin embargo, casi todos coinciden en que éste es un término polisémico y de compleja definición. No obstante, me propongo realizar un modesto esfuerzo para recoger importantes consideraciones acerca de las definiciones de plurinacionalidad y sus características.

Boaventura de Sousa Santos define a la plurinacionalidad² como el reconocimiento de un concepto distinto de nación, que implica no sólo pertenencia a un ámbito geográfico sino además a una cultura determinada. En el mismo sentido, para De Sousa Santos, la plurinacionalidad involucra el reconocimiento de los derechos del grupo étnico y cultural como tal y no sólo los derechos de los sujetos que forman parte de él. En alusión al fenómeno plurinacional creciente en Latinoamérica, este autor señala que la coexistencia de varias naciones culturales dentro de una nación cívica³ requiere un cambio

¹ Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad, Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Quito, Ediciones Abya-Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, marzo 2009, p. 113.

² Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur*, La Paz, Editorial Plural, 2010, p. 87 – 96.

³ Los conceptos de nación cívica y nación étnico cultural, son desarrollados en la página 12, como nacionalismo étnico cultural y nacionalismo cívico territorial.

radical del orden social y político tal como lo conocemos, empezando por conceder verdadera autonomía a cada nación cultural a través de su “autogobierno” y “autodeterminación”, sin que implique separatismo o independencia. Estos cambios involucran una nueva organización territorial, procesos democráticos interculturales, pluralismo jurídico, educación y salud intercultural, entre otras transformaciones, que según este autor permitirán luchar contra el capitalismo y el colonialismo.⁴

En cuanto a la plurinacionalidad, Catherine Walsh establece⁵ que este término es radical y profundo. La autodefinición de un Estado como plurinacional implica la actuación del régimen de gobierno de acuerdo con la realidad de los grupos históricamente discriminados, indígenas, afros, campesinos, etc., a fin de alcanzar una sociedad intercultural en la que se reconozca la existencia de múltiples culturas y a la vez se logre una interrelación real entre ellas.

Catherine Walsh define a la plurinacionalidad⁶ en el mundo “desarrollado” occidental como el reconocimiento político de la existencia y convivencia de varios pueblos étnicamente distintos en un mismo Estado; el país que cumple con esta característica puede denominarse como *plurinacional*, sin embargo existen Estados que aunque no se autoreconocen políticamente como plurinacionales, lo son social y culturalmente. En términos generales para

⁴ Boaventura de Sousa Santos, “Enriquecer la democracia construyendo la plurinacionalidad”, en *Democracia, Participación y Socialismo*, Quito, Fundación Rosa Luxemburg, octubre 2010, p. 23 -26

⁵ Catherine Walsh, *Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, abril 2008, p. 6 – 10.

⁶ Catherine Walsh, “Estado Plurinacional e Intercultural: La descolonización y refundación del Estado Ecuatoriano” en *Política Exterior y Soberanía*, Venezuela, Instituto de Altos Estudios Diplomáticos Pedro Gual, septiembre 2008, p. 22 y 23.

Walsh⁷ la plurinacionalidad no constituye un desafío al Estado ni a la democracia, no busca romper el concepto de la unidad del Estado sino el concepto de Estado homogéneo, no se trata de una noción que surge y subsiste solo en países con mayoría indígena, consolida el verdadero significado de democracia y sugiere transformaciones estructurales históricas en el Estado y la sociedad pensando desde las minorías o grupos discriminados y no desde los poderes tradicionales. Para que la plurinacionalidad se desarrolle positivamente necesita de la interculturalidad. La interculturalidad y la plurinacionalidad no son conceptos similares de la misma forma como nos son conceptos opuestos; su relación es más bien de complementariedad, en el sentido que uno completa o perfecciona al otro.

En palabras de Catherine Walsh⁸ *“Mientras que la plurinacionalidad reconoce y describe la realidad del país en la cual distintas nacionalidades indígenas (cuyas raíces predatan el Estado nacional) conviven con pueblos afroecuatorianos, blancos y mestizos, la interculturalidad apunta a las relaciones y articulaciones por construir”*. Por tanto, la interculturalidad⁹ es una herramienta para romper con el tradicional esquema de Estado unicultural y lograr una plurinacionalidad no como división sino como integración.

En el panorama internacional las características de plurinacionalidad encajan en muchos Estados que se autoreconocen o no como pluriculturales, tal es el caso de Canadá, España, Bélgica o Reino Unido.

⁷ C. Walsh, Interculturalidad, Estado, Sociedad..., p. 113

⁸ C. Walsh, Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente, p. 16

⁹ C. Walsh, Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente, p. 10

Stephen Tierney, de la Universidad de Edimburgo, se refiere a la plurinacionalidad¹⁰ como la convivencia de sub-estados nacionales dentro de la nación cívica. La aspiración constitucional de los sub-estados nacionales es su reconocimiento y autonomía sin que su exigencia implique separatismo o transgreda el concepto de “soberanía”. En este punto Tierney coincide con Martin Loughlin,¹¹ en cuanto a la superación del concepto de soberanía tradicional por el concepto holístico propuesto por parte de los sub-estados nacionales, de acuerdo con este concepto la simple relación entre Estado y ciudadanos resulta actualmente insuficiente. En un Estado plurinacional la soberanía debe responder a la relación de las personas o grupos culturales entre sí y la relación de estos con el Estado.

Este fenómeno acaecido en los últimos treinta años en países como Canadá, España y Reino Unido ha sido definido como “neo-nacionalismo” porque sustituye el rasgo distintivo del nacionalismo de la edad moderna “*la lealtad de la población al espacio físico del Estado*”. Por lealtad de la población al espacio físico debe entenderse la sumisión de los habitantes a la organización social, política y jurídica del Estado; por el contrario el neonacionalismo implica la obediencia de la población a los órdenes estatales dentro de un marco seguro de autonomía y reconocimiento tanto en las esferas nacionales como internacionales de las sub-naciones que conviven en un mismo Estado.

¹⁰ Stephen Tierney, “Reframing Sovereignty? Sub-state National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-state” en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 1, p 162-179

¹¹ Profesor de Derecho Público de Osgoode Hall Law School of York University, Toronto, the University of Warwick y, Director del Departamento de Derecho de la London School of Economics and Political Science.

A propósito de neo-nacionalismo Araceli Serrano Pascual, recuerda que Anthony D. Smith parte de la existencia de dos clases de nacionalismo, el de carácter étnico y el cívico territorial. El primero enfatiza en la *comunidad de nacimiento* y de *cultura nativa*, equiparando a la nación con una especie de gran familia. El segundo resalta la importancia de la *comunidad de convivencia* o *político - legal*, predominando el criterio territorial de la nación y los propósitos e intereses comunes. Tomando como ejemplo a la España plurinacional,¹² se puede determinar mediante dos ejemplos los dos casos de nacionalismos definidos por Smith: 1) El caso de la Comunidad Autónoma Vasca (CAV), cuya autonomía fue obtenida en octubre de 1936, representa el nacionalismo de tipo étnico, en tanto prevalece una identidad cultural común: historia, costumbres, lengua, etc., delimitando por características culturales la noción del “nosotros” y los “otros”; y, 2) El caso de la Comunidad Autónoma Catalana, cuya autonomía fue obtenida en 1932, representa el nacionalismo de tipo cívico territorial, que en la exigencia de su derecho hace prevalecer la noción de territorio por sobre las características culturales. Este tipo de comunidad busca una especie de enfrentamiento con el Estado-nación, para alcanzar recursos, poder y competencias de éste, y desarrollar economías propias, leyes propias, sistemas educativos propios, etc.

Miren Gorrotxategi Azurmendi se refiere al particular caso de Canadá¹³ cuya política etnocultural representa más bien el multiculturalismo propio de Norteamérica, en razón de que acepta la diversidad principalmente porque su

¹² Aracely Serrano Pascual, *Manifestaciones étnicas y cívico-territoriales de los nacionalismos*, Madrid, REIS 82, 1998, p. 100-102.

¹³ Miren Gorrotxategi Azurmendi, *La gestión de la diversidad cultural: multiculturalismo en una sociedad plurinacional. El interculturalismo québécoise frente al multiculturalismo canadiense*, Madrid, Revista de Estudios Políticos (nueva época) No. 129, julio-septiembre 2005, p. 92 y 93.

cultura se ve confrontada con otras debido a las fuertes oleadas de inmigración. Por otro lado, la comunidad de Québec dentro de Canadá, ha reinterpretado la multiculturalidad por la interculturalidad, debido a que su exigencia de reconocimiento se enfoca en la existencia de una *nación francófona* dentro de otra distinta. El respeto de la diversidad etnocultural de Québec no es una concesión que realiza el Estado para salvaguardar la cultura mayoritaria y desagraviar a los grupos minoritarios discriminados, sino una reivindicación que se origina desde dentro de la propia comunidad debido a las características comunes entre sus miembros y distintas de sociedad mayoritaria.

1.2. Origen de la plurinacionalidad

El término plurinacionalidad es relativamente nuevo; en Sudamérica se viene escuchando a partir de la década de los 80s, cuando los movimientos indígenas de la región empiezan a tomar conciencia acerca de la reivindicación de sus derechos exigiendo la declaración de un Estado plurinacional.

En Europa occidental y Canadá, la palabra plurinacionalidad según afirma el español Ramón Maíz¹⁴ surge a partir de la década de los 60s, cuando se empieza a debatir el concepto de Estado-nación e inicia una oleada de *nacionalismos internos* o demandas de reconocimiento de autonomía por parte de sub-estados o sub-naciones. Ejemplos de plurinacionalidad son: Reino Unido y los nacionalismos escocés, galés e irlandés; España y los nacionalismos gallego, vasco y catalán; y Canadá y el radical nacionalismo de Québec.

¹⁴ Ramón Maíz, *Los nacionalismos antes de las naciones*, México D.F., Política y Cultura, Universidad Autónoma Metropolitana –Xochimilco, 2006, p. 83

Sin embargo, es necesario señalar que la palabra plurinacionalidad implica: aceptación de la diferencia; convivencia armónica de las culturas que conviven en un mismo espacio territorial; reconocimiento de derechos de grupo; y autodeterminación de cada colectivo cultural. Estas características no son conceptos novedosos, el inicio o desarrollo de algunas de las particularidades que envuelve la palabra “plurinacionalidad” pueden identificarse en determinados hechos históricos, tales como:

Coexistencia de diversas culturas en un mismo espacio territorial.- La convivencia de dos pueblos o más en un mismo espacio territorial no es un tema nuevo, sino que data desde hace siglos e incluso milenios. La Biblia, libro sagrado de los cristianos, relata la llegada y estadía de los hebreos en Egipto en el siglo XIV a.c. A pesar de que las culturas hebrea y egipcia no eran análogas cohabitaron durante muchos años en un mismo espacio territorial. No obstante, la convivencia de pueblos o naciones no siempre resulta un hecho pacífico, en la mayor parte de los casos, como en el ejemplo que se ilustra, ha derivado en la dominación de la comunidad mayoritaria o detentadora del poder, considerada merecedora de superiores derechos. La confluencia de culturas en la historia se ha caracterizado por la supremacía de unas sobre otras y la imposición a las sometidas de las características propias de la cultura dominante, tales como su lengua, formas de organización social y política, costumbres, religión, etc. Aquello también sucedió en América cuando los europeos arribaron por vez primera al *Mundus Novus* en 1492. El “descubrimiento de América” para los europeos y la “destrucción de Abya-

Yala”¹⁵ para los nativos, significó el encuentro y convivencia de culturas disímiles y la superposición de las unas frente a las otras.

Aceptación de la diferencia.- La idea de aceptación de la pluralidad tiene su origen, según Giovanni Sartori¹⁶ en dos períodos importantes. En el siglo XVII en la época de las guerras de religión, con el aparecimiento y desarrollo de la reforma protestante¹⁷ que revolucionó la idea de una sola doctrina religiosa considerada correcta e inamovible e implicó el surgimiento de varios movimientos religiosos autónomos; y en el siglo XVIII, con el surgimiento de los partidos políticos, derivación de las llamadas *facciones*, como agrupación de personas en razón de ideas, intereses coincidentes o simpatías personales. El surgimiento de los partidos políticos¹⁸ se hizo necesario para incrementar la participación política y aunque en sus orígenes tuvieron una carga negativa, las sociedades los aceptaron resignadamente considerándolos necesarios para coadyuvar al interés común del gobierno nacional. Estos dos antecedentes y el aumento de la tolerancia religiosa y política, dieron comienzo al pluralismo o aceptación de la diferencia. Según esta nueva concepción, la di-visión o diferentes visiones no son atentatorias de la unidad sino que contribuyen a enriquecerla.

¹⁵ Termino de los indígenas Tule-Kuna de Panamá y el occidente de Colombia, para referirse al continente americano antes de la llegada de los europeos, significa “tierra en plena madurez” o “tierra de sangre vital”

¹⁶ Giovanni Sartori, *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Grupo Santillana de Ediciones S.A., 2001, p. 18

¹⁷ Patricio Carvajal, “La reforma política. Una introducción al pensamiento político – jurídico del protestantismo en los siglos XVI y XVII” en *Revista de estudios históricos-jurídicos No. 21*, Valparaíso - Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1999, p. 1-3.

¹⁸ Andrés Malamud, *Partidos Políticos*, versión 2002, para Introducción a la Ciencia Política, Julio Ernesto Pinto (comp.), en <http://ns.fcs.edu.uy/enz/licenciaturas/csociales/partidos%20Malamud.pdf>, p. 1 – 4.

Reconocimiento y protección de la diversidad cultural y los derechos colectivos.- Dos de los antecedentes remotos del reconocimiento de la diversidad cultural¹⁹ en nuestra realidad, sucedieron precisamente durante la denominada *conquista de las Indias*. El acalorado sermón que el dominico Antonio de Montesinos pronunció el 21 de diciembre de 1511 en la Isla Española y por el cual dejó en evidencia los atropellos que los encomenderos estaban realizando en contra de los *indios*, constituyó la primera defensa de los derechos de los indígenas y el estímulo para las siguientes voces de protesta en contra de las crueldades europeas en la época de la conquista, tal como se demuestra con la transcripción de una pequeña parte del sermón:

*“Decid ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿Con qué auctoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muerte y estragos nunca oídos habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni curallos en sus enfermedades [en] que, de los excesivos trabajos que les dais, incurren y se os mueren y, por mejor decir, los matáis por sacar y adquirir oro cada día?”*²⁰

La siguiente interpelación con mayor peso que la anterior fue la publicación de las *relecciones*²¹ del dominico español Francisco de Vitoria por las cuales se mostró en desacuerdo con las bulas papales que normativamente justificaban la dominación española y la expansión del territorio europeo en tierras americanas en nombre del cristianismo. Dos fueron las principales objeciones que utilizó Francisco de Vitoria para refutar los argumentos de la ocupación española: a) los indios son seres racionales y, b) los indios son dueños de los territorios que poseen. Estos argumentos fueron presentados en contra de la

¹⁹ Jaime Concha, *La sangre y las letras*, Ciudad de la Habana, Casa de las Américas, 1986, p. 13 – 21.

²⁰ Enrique M. Barca y José Manuel Pérez Prendes, *Iberoamérica, una comunidad*, tomo I, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1989, p. 217.

²¹ Repetición de cátedras magistrales que se resumían al final del curso.

idea que se extendía en España y el Nuevo Mundo, por la cual los *indios* eran considerados seres sin racionalidad y en su calidad de “pecadores e infieles” indignos de poseer propiedad privada.

1.3. Consecuencias de la plurinacionalidad

*La plurinacionalidad se encuentra en franca oposición con las concepciones liberales clásicas.*²² El liberalismo clásico limita al Estado de modo que restringe su tarea principal a garantizar libertades individuales. Aquello constituyó la antesala del constitucionalismo moderno basado en los límites formales y materiales del poder político, en torno al individuo; por el contrario, la plurinacionalidad trastoca los principios esenciales del pensamiento liberal, propugnando en algunos casos la preeminencia de los derechos de grupo o derechos colectivos por sobre los derechos de la persona individual.

La plurinacionalidad se enfrenta con el universalismo occidental que busca construir sujetos étnicos y culturales homogéneos, invisibilizando la heterogeneidad innegable de las distintas naciones. La plurinacionalidad implica la afirmación de un Estado pluricultural en oposición al Estado monocultural liberal clásico propio de la cultura eurocéntrica.

Reconocimiento de la existencia de minorías invisibilizadas por la ilegítima homogenización del Estado, pero sobre todo la aceptación de que las minorías durante siglos han sido sometidas a relaciones desiguales de poder, producto

²² Lorenzo Córdova Vianello, “Liberalismo, democracia, neoliberalismo e ingobernabilidad”, en *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 58, No. 4, Oct. – Dic. 1996, p. 7 - 9

de la jerarquización social y de las incompatibilidades culturales entre la sociedad mayoritaria y el grupo minoritario.

La plurinacionalidad se enfrenta con el capitalismo y el colonialismo, porque aquella, a más de ser cultural, es material, económica, jurídica, social y política, lo que produce una inevitable transformación histórica hacia el protagonismo de los pueblos ancestrales y originarios.

En algunos países, la autodefinición de Estado plurinacional podría implicar no solo el reconocimiento de minorías nacionales,²³ sino también una mayor integración “multicultural” de los inmigrantes o refugiados, lo que genera un auténtico reconocimiento y consideración de la diversidad racial y étnica.

La plurinacionalidad implica la adopción de acciones afirmativas a favor de grupos minoritarios o grupos históricamente discriminados como el caso de Guatemala y Bolivia, a través de políticas públicas, normas legales o sentencias judiciales.

1.4. Críticas a la plurinacionalidad

Anthony D. Smith, considerado uno de los fundadores de la interdisciplinariedad en los estudios del nacionalismo, realiza importantes críticas al fenómeno de la plurinacionalidad. Una de ellas señala que después de la Segunda Guerra Mundial y sus terribles efectos, los Estados-nación empezaron a debilitarse hasta llegar casi al punto de su desaparición. Las causas de este fenómeno fueron el desarrollo tecnológico y comunicacional que derriba fronteras y supera las diferencias de idioma y cultura; y la

²³ Wil Kymlicka, *La política vernácula: Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Madrid, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2003, p. 46

expansión de los territorios nacionales a formas de organización más grandes que buscan superar el nacionalismo a través de una cultura global. La Comunidad Europea es un buen ejemplo de esta nueva forma de organización.

Para Anthony Smith,²⁴ la época que atraviesa la humanidad actual, requiere de comunidades políticas supranacionales con poder e imperialismo cultural, para competir con otras comunidades de igual fuerza y tamaño. En este escenario las pequeñas comunidades étnicas no tienen cabida y, de existir producirán divisiones que a larga terminarán por erosionar las nuevas comunidades. Es interesante el criterio de Smith, en cuanto al bienestar de las pequeñas comunidades étnicas, aunque parezca contradictorio, la nueva gran comunidad puede asegurar a las minorías étnicas el reconocimiento e igualdad de oportunidades que los Estados-nación no han podido otorgar hasta la actualidad.

Otro argumento en contra de la plurinacionalidad, es la politización de la cultura, según menciona Anthony Smith²⁵ las reivindicaciones culturales emergen como consecuencia del éxito de un grupo de intelectuales, que manipulan sentimientos y valores populares, activan la memoria compartida y forjan un sentido común de destino de una unidad específica de la población. Estos intelectuales son populistas, pues emplean una característica cultural o histórica común de una parte de la población para movilizar masas y convertirse en los beneficiarios primarios de este proyecto étnico – cultural.

²⁴ Anthony D. Smith, “¿Hacia una cultura global?” en Mike Featherstone, edit., *Global, Culture, Nationalism, Globalization and Modernity*, Warren Stowe, trad., London, Sage Publications, 1990, pp. 5.

²⁵ Anthony D. Smith, ¿Hacia una cultura global?..., pp. 15 – 16.

Pablo Badillo O`Farell coincide con Smith en la dificultad de la sobrevivencia de pequeñas comunidades étnico – culturales en el mundo actual, en razón de no ser posible la subsistencia de una simple identidad cuando cada individuo está inmerso en múltiples identidades; es decir, por qué escoger una sencilla identidad cuando se puede optar por una *alternativa cosmopolita*. Esta alternativa cosmopolita no debe atribuirse exclusivamente a la etapa globalizadora, sino además a la educación y búsqueda de conocimiento, a pesar de la pertenencia a una comunidad, sus miembros pueden elegir extender ese horizonte limitado a través de la educación “...*que el individuo salga de los muros de su propia comunidad para colocarse en una situación cosmopolita*”.

Badillo O`Farell²⁶ agrega que los avances tecnológicos y las circunstancias culturales extrapolan al individuo hacia la fusión de diversas culturas apartadas de una sencilla identidad étnico – cultural, ilustrando el argumento con un ejemplo de Jeremy Waldron: un sujeto puede nacer en un ámbito geográfico, educarse en otro, decidir residir en un ámbito geográfico distinto de los anteriores, gustar de la gastronomía de otro ámbito diferente de los tres mencionados y preferir la música de un cuarto ámbito geográfico.

Herman Tertsch²⁷ señala que si bien la humanidad se encamina hacia un pluralismo cultural, se corre el riesgo de caer en el conocido *melting pot*²⁸ de Estados Unidos, es decir, la convivencia de grupos minoritarios con la

²⁶ Pablo Badillo O`Farrell, “¿Pluralismo versus multiculturalismo?” en *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo, reflexiones para un mundo plural*, Madrid, Ediciones Akal S.A., 2003, p. 59.

²⁷ Hermann Tertsch, “¿Hacia un nuevo orden mundial?” en *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo, reflexiones para un mundo plural*, Madrid, Ediciones Akal S.A., 2003, p. 241 – 242.

²⁸ Metáfora que refiere una sociedad heterogénea cada vez más homogénea. Es utilizado para describir la asimilación de los inmigrantes a los Estados Unidos.

comunidad mayoritaria en un mismo ámbito territorial, pero sin ningún tipo de relacionamiento. Además, la discriminación positiva o acciones afirmativas que requiere el pluralismo cultural hacia comunidades históricamente discriminadas, acarrea un trato hacia comunidades y no hacia individuos. Sugiere Herman Tertsch que, para lograr una igualdad real es necesario el tratamiento básico a los individuos como tal sin más consideraciones que su condición humana y no como miembros de un colectivo, etnia o minoría.

Stephen Tierney²⁹ precisa la principal crítica de algunos teóricos a la *plurinacionalidad*; esta es la paradójica exigencia de autonomía y autodeterminación por parte de sub naciones justo en época de globalización económica y cultural. La globalización implica el fortalecimiento de los Estados para su interrelación en el contexto internacional, contrariamente con la *plurinacionalidad* el poder del Estado-nación tiende a menguar en razón de la división del poder estatal en distintos grupos humanos que requieren autonomía y autodeterminación. Desde este punto de vista, los cambios que se exigen desde los sub-estados son comparables con las transformaciones que derivan de los “supra-estados” en cuanto a la relocalización o redistribución del poder estatal.

1.5. Otros términos para la diversidad cultural

Conviene aclarar que existen otros términos para referirse a la diversidad cultural, pero que no son considerados como sinónimos de *plurinacionalidad* por la mayoría de los expertos en el tema. Estos términos son multiculturalidad y pluriculturalidad que aunque se refieren a la diversidad cultural no apuntan

²⁹ Stephen Tierney, *Reframing Sovereignty? Sub-state National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-state...* p. 162-179

como en el caso de la plurinacionalidad a las relaciones armónicas de las culturas:

Para Catherine Walsh³⁰ el término multiculturalidad proviene de países occidentales con sistemas políticos liberales; su definición implica un relativismo cultural que evita la interrelación de las culturas y oculta desigualdades e inequidades sociales tras un aparente pluralismo. A pesar de que acepta y reconoce la diferencia, la multiculturalidad puede convivir sin problema con los principios liberales, por cuanto concede ciertos derechos a los miembros de las distintas culturas, pero de manera individual.

A las características de multiculturalidad señaladas por Walsh, deben sumarse las que menciona Slavoj Žižek,³¹ quien otorga al multiculturalismo la particular definición que lo califica como *una suerte de posición global vacía*, al tratar a las culturas locales como “nativos” en igual actitud de colonizador. El multiculturalismo es un *racismo con distancia* porque acepta y respeta la identidad del otro, siempre que se determine que aquel que no pertenece a mi cultura es jerárquicamente inferior. Para Slavoj Žižek “*el respeto multiculturalista por la especificidad del Otro es precisamente la forma de reafirmar la propia superioridad*”. De ahí que las concesiones a las culturas distintas se realicen en forma de acciones afirmativas, como una especie de concesión al vulnerable por parte de quien ostenta el poder y no como un reconocimiento de sus legítimos derechos.

³⁰ Catherine Walsh, *Interculturalidad y plurinacionalidad...*p. 6 – 10.

³¹ Frederic Jameson y Slavoj Žižek, *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Editorial Paidós SAICF, 1998, p.172.

Citado el multiculturalismo, es importante rescatar que Pablo Badillo O'Farrell³² sostiene que su origen se remonta aproximadamente a partir de la década de los 80s en Estados Unidos. El multiculturalismo de Estados Unidos constituye una corriente lo suficientemente elástica para adecuar en ella toda clase de reivindicaciones que calcen junto al término cultural, tales como: reivindicaciones étnicas, nacionalistas, sexuales, religiosas y, sobre todo demandas de grupos inmigrantes. Países como Alemania y Gran Bretaña comparten con Estados Unidos³³ el debate multiculturalista enfocado al fenómeno migratorio, sobre todo porque las tres sociedades occidentales tienen una experiencia de inmigración comparable entre sí, especialmente en el período de la posguerra. En los Estados Unidos,³⁴ la masiva inmigración de nativos no europeos como los hispanos y los asiáticos y la gran comunidad afro americana, constituyen el principal origen del multiculturalismo.

Catherine Walsh explica³⁵ que pluriculturalidad y multiculturalidad son términos descriptivos que sirven para indicar la existencia de múltiples culturas en un determinado lugar, merecedoras estas de reconocimiento, tolerancia y respeto. La palabra “*pluriculturalidad*” es usada con mayor frecuencia en los países latinoamericanos para reflejar la particular realidad de los pueblos indígenas y afros que han convivido por siglos con otros grupos raciales, siendo discriminados por los blanco-mestizos y considerados por éstos como jerárquicamente inferiores. El término pluriculturalidad implica reconocimiento y

³² Pablo Badillo O'Farrell, *¿Pluralismo versus multiculturalismo?* ..., p.51 y 52.

³³ Christian Jopkke, “Multiculturalism and Immigration: A comparison of the United States, Germany and Great Britain”, en *Theory and Society, Renewal and Critique in Social Theory*, Vol. 25, No. 4, Aug. 1996, p. 451-454, <http://www.jstor.org/stable/i227044>, p. 456.

³⁴ Christian Jopkke, *Multiculturalism and Immigration: A comparison of the United States, Germany and Great Britain...*, p. 456 -500.

³⁵ Catherine Walsh, *Interculturalidad y plurinacionalidad...*, p. 6 – 10.

aceptación de la diferencia; sin embargo, su característica negativa es la falta de *interrelación equitativa* de las culturas que conviven en un mismo espacio territorial.

1.6. Plurinacionalidad en Ecuador y otros países andinos

A partir de las últimas décadas, al sur del continente americano, varios países andinos han protagonizado transiciones políticas importantes que han arrojado resultados normativos y cambios sociales positivos: Colombia (1991), Perú (1993), Venezuela (1999), Ecuador (1998-2008), y Bolivia (2009). Para estos países plurinacionalidad implica la visibilización y relacionamiento con los pueblos afros, campesinos e indígenas, sometidos a condiciones permanentes de discriminación y falta de reconocimiento de su calidad de sujetos colectivos, titulares de derechos especiales. Producto de la presión social e irrupción en el escenario político de movilizaciones en su mayoría indígenas, los países andinos mencionados, han incorporado en sus constituciones, disposiciones que contribuyen a la consecución de la exigencia de reconocimiento de la diversidad cultural. Para ilustrar los avances que se han logrado en esta materia, en los párrafos que siguen constan las principales disposiciones constitucionales de cada país:

Colombia se autoreconoce oficialmente como un Estado pluralista (artículo 1); garantiza la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7); y reconoce funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la república (artículo 246).

Perú consagra como un derecho constitucional y un deber del Estado el reconocimiento y protección de la pluralidad étnica y cultural de la Nación (artículo 2.19); reconoce funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, de acuerdo con el Derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales de las personas (artículo 149).

Venezuela establece la finalidad suprema de refundar la República para establecer una sociedad multiétnica y pluricultural (preámbulo); reconoce la existencia de pueblos y comunidades indígenas, sus organizaciones sociales, políticas y económicas, y la propiedad colectiva de sus tierras ancestrales (artículo 119); garantiza la responsabilidad del Estado en el fomento de la valoración y difusión de la identidad étnica y cultural (artículo 121); acepta el pluralismo jurídico, otorgando a las autoridades legítimas de los pueblos indígenas facultades jurisdiccionales cuya aplicación deberá realizarse en su hábitat, con base en sus tradiciones ancestrales y con afectación sólo de sus integrantes, siempre que no sean contrarios a la Constitución, la ley y el orden público (artículo 260).

Bolivia se declara un pueblo de composición plural (preámbulo); se autodefine oficialmente como un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” (artículo 1); señala la existencia pre colonial de naciones y pueblos indígena originario campesinos con libre determinación (artículo 2); garantiza derechos especiales a la nación y pueblo indígena originario campesino (artículo 30); establece la diversidad cultural como la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario y la interculturalidad como el

instrumento para la cohesión y la convivencia armónica (artículo 98.I); reconoce funciones jurisdiccionales a las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con la aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimiento propios, siempre que no atenten contra la vida, el derecho a la defensa y los demás derechos establecidos en la Constitución (artículo 190).

En Ecuador la Norma Fundamental que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998, constituye la primera normativa política nacional en declarar a Ecuador como un Estado pluricultural y multiétnico (artículo 1); aceptó la existencia de culturas distintas a la cultura de la sociedad mayoritaria (artículo 83); garantizó derechos especiales a los pueblos indígenas y afros (artículo 84); y reconoció por primera vez funciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos indígenas, siempre que no atenten contra la Constitución, los derechos humanos, la ley y el orden público (artículo 191).

Posteriormente la Constitución ecuatoriana promulgada el 20 de octubre del 2008, una de las más progresistas en materia de pluralismo jurídico, empieza por plasmar en el *preámbulo*³⁶ el reconocimiento de las raíces milenarias de nuestros distintos pueblos y la sabiduría de las culturas que nos enriquecen. Se consagra en las consideraciones iniciales la decisión de construir una *nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad*, a fin de alcanzar el sumak

³⁶ La sentencia C-479/92 de la Corte Constitucional colombiana, cuyos ponentes fueron los magistrados José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, después de un análisis profundo del valor jurídico del *preámbulo*, señaló por primera vez que el Derecho no se agota en las normas o en los artículos, por tanto reconoció la fuerza jurídica del *preámbulo* al ser éste mucho más que un simple mandato específico. Su carácter vinculante incorpora los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico y por los cuales debe orientarse la acción del Estado. Según refiere el criterio de la Corte Constitucional colombiana, si no está permitida la violación de las normas constitucionales menos aún lo está la vulneración de las bases sobre las cuales se soportan y las finalidades a las cuales apuntan.

kawsay,³⁷ noción indígena cuyo equivalente es el término aymara *Suma Qamaña* de Bolivia, con lo cual se logra una adecuada fusión de la cosmovisión indígena y los principios de la cultura mayoritaria, en nuestra Carta Política. En tal sentido, la vigente Constitución declara por primera vez al Ecuador como “*Estado intercultural y plurinacional*” (artículo 1); mantiene, fortalece e incorpora nuevos derechos especiales a favor de los pueblos indígenas y afros (artículo 57); reconoce a los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios, el derecho a la constitución de circunscripciones territoriales para preservar su cultura (artículo 60); reitera la pluralidad jurídica, reconociendo funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, siempre que no sean contrarios a la Constitución y los derechos humanos (artículo 171); e incorpora como novedad la institución del control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas (artículo 171).

En general, los cinco países andinos reconocen la existencia de colectivos culturales distintos de la sociedad mayoritaria; garantizan a estos colectivos derechos e intereses de grupo en contraposición de derechos individuales; y reconocen sus sistemas de resolución de conflictos, como sistemas jurisdiccionales paralelos a la jurisdicción estatal, lo que implica aceptación de pluralismo jurídico en la nación.

³⁷ Para Ariruma Kowii, poeta indígena y director del Área de Letras de la Universidad Andina Simón Bolívar, *sumak kawsay* es un término kichwa que refiere una concepción andina ancestral de la vida. *Sumak* significa lo ideal, lo hermoso, lo bueno, la realización; y *kawsay*, es la vida, pero una vida digna, en armonía y equilibrio con el Universo y el ser humano, en síntesis *sumak kawsay* significa la plenitud de la vida.

2. Pluralismo jurídico. Positivistas jurídicos vs pluralistas jurídicos.-

De la misma manera como no es posible la plurinacionalidad sin pluralismo jurídico no es posible un pluralismo jurídico sin el reconocimiento de la diversidad cultural. Ya se dijo en párrafos anteriores que la plurinacionalidad no sólo implica un cambio cultural sino también una transformación económica, social, política y jurídica, lo que significa que la subsistencia de la plurinacionalidad depende del reconocimiento de diversas formas de pluralismo.

El pluralismo jurídico implica la existencia de diferentes sistemas jurídicos y legales, paralelos al sistema estatal, o variadas prácticas alternativas del Derecho dentro de un mismo Estado. Si partimos de esta definición, es fácil encontrar criterios divididos entre los estudiosos de la materia e incluso entre individuos comunes con una actitud legalista activa.

Los **anti-pluralistas y positivistas jurídicos**,³⁸ cuyos exponentes más representativos son Hans Kelsen, H.L.A. Hart, Joseph Raz, Norberto Bobbio, entre otros grandes juristas, creen en la construcción monista del Derecho, es decir, la monopolización de la producción jurídica por parte del Estado. Consideran que el Estado es el único ente que tiene la responsabilidad de organizar las relaciones sociales y mantener el orden público a través de la creación y ejecución del Derecho, concentrando el poder normativo y coactivo, lo que permite mantener coherencia, uniformidad y unidad en los fallos

³⁸ Raúl G. Borello, ponencia realizada en la XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, "Sobre el pluralismo jurídico", en http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/teoria_del_derecho/36.pdf, p. 3

jurisdiccionales y la regencia de la misma ley para todos, en un ámbito territorial.

Los **pluralistas jurídicos**, cuyos exponentes más representativos son Boaventura de Sousa Santos, Will Kymlicka, Anthony D. Smith, Julio César Trujillo, entre otros, cuestionan la monopolización de la producción jurídica por parte del Estado³⁹ y creen en la existencia de una multiplicidad de prácticas de resolución de conflictos en un mismo espacio sociopolítico u ordenamientos legales y jurídicos paralelos al estatal que no derivan directamente de éste.

Los pluralistas jurídicos aseguran que los **sistemas jurídicos supranacionales** son sistemas jurídicos paralelos al estatal cuya fuente es alguna comunidad internacional; en consecuencia, los Estados no actúan con un Derecho exclusivo, sino que interactúan tanto con sistemas jurídicos internos como externos. Para Boaventura de Sousa Santos es innegable que actualmente se articulan y relacionan tres escalas de Derecho en un mismo Estado: local, nacional y global,⁴⁰ lo que significa que junto al derecho estatal conviven otros órdenes legales cuya existencia y regencia divide el monopolio jurídico. Estos órdenes corresponden a los sub-estados y a los supraestados,⁴¹ de manera que el orden tradicional del Estado-nación es atacado tanto externamente por la presión de la globalización como internamente por la presión de los grupos étnico-culturales.

³⁹ Antonio Carlos Wolkmer, "Pluralismo jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina", en *Derecho y Sociedad en América Latina, un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Mauricio García & Cesar A. Rodríguez (eds), Bogotá, colección En Clave de Sur, abril 2003, p. 250.

⁴⁰ Boaventura de Sousa Santos, "The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique", en *Law and Society Review*, Vol. 40, No. 1, Mar 2006, p.45

⁴¹ Los órdenes legales y jurídicos supraestatales no serán analizados en la presente investigación. En consecuencia, cada vez que se refiera *pluralismo jurídico*, se entenderá la convivencia de los distintos sistemas pertenecientes a sub-estados dentro del Estado-nación.

Coincidentemente con Boaventura de Sousa Santos, pero refiriéndose al paradigma constitucional contemporáneo, señala Luigi Ferrajoli que el Estado constitucional ha entrado en crisis.⁴² Al reducirse en todos los ordenamientos el monopolio estatal de la producción jurídica, se ha sustituido la unidad de fuentes por una pluralidad de fuentes ya no solamente nacionales sino también supranacionales. Un ejemplo de normativa internacional que forma parte del orden jurídico nacional en Ecuador, específicamente en materia indígena, es el Convenio # 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) el 27 de junio de 1989, en remplazó del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales # 107, y aprobado por nuestro país el 24 de abril de 1998 en el Registro Oficial No. 304. El Convenio # 169 compromete al Estado ecuatoriano -así como a los demás países que lo ratifiquen-⁴³ al reconocimiento de las costumbres o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales, y al respeto del derecho de conservación de sus costumbres e instituciones propias siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 8).

Por otro lado, los **sistemas jurídicos subnacionales o locales** que ejercen presión desde abajo o internamente, son creados, aplicados y

⁴² Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2010, p. 129 – 130.

⁴³ Hasta la fecha el Convenio #169 ha sido ratificado por 22 países, en el siguiente orden: Noruega (1990); México(1990); Colombia (1991); Bolivia (1991; Costa Rica (1993); Paraguay (1993); Perú (1994); Honduras (1995); Dinamarca (1996); Guatemala (1996); Países Bajos(1998); Fiji (1998); Ecuador (1998); Argentina (2000); Venezuela (2002); Dominica (2002); Brasil (2002); España (2007); Nepal (2007); Chile (2008); Nicaragua (2010); República Centroafricana (2010). En “<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>”, revisado a octubre de 2011.

practicados dentro de un mismo Estado por colectivos culturales generalmente pre coloniales. Los grupos étnico–culturales pre coloniales que mantienen sus propios sistemas jurídicos pertenecen a los pueblos que habitaron especialmente África, Asia o América, antes de la llegada de los europeos. Su característica común es la subsistencia de sus propias formas de organización social, jurídica y política, a pesar de la imposición del Derecho eurocéntrico y la calificación de costumbres bárbaras. En el caso de Ecuador estas jurisdicciones son ejercidas y aplicadas oficialmente por autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

La práctica del Derecho indígena en Ecuador no responde a un sistema alternativo sino paralelo al estatal, de ahí que llamarlo Derecho “ordinario” equivale a reducir al Derecho indígena a un sistema “extraordinario”. Vale señalar que el sistema legal y jurídico indígena o de cualquier otro colectivo étnico – cultural dentro un Estado con pluralismo jurídico, es también un Derecho ordinario o frecuente para la comunidad y sus miembros. Aunque se ha dicho en párrafos anteriores que la Constitución de 2008 aportó significativos avances en materia de justicia indígena, creo necesario resaltar lo que a mi juicio implica un retroceso, al señalar en su artículo 171 una clara diferenciación entre las justicias denominadas como “jurisdicción indígena” y “jurisdicción ordinaria”. De la misma manera la Constitución anterior en su artículo 191 denominó a la justicia estatal como *sistema judicial nacional*, designación que al igual que la actual, coloca en una posición jerárquicamente superior al sistema judicial de la sociedad mayoritaria en contraposición con el sistema judicial indígena. No obstante, aunque puede resultar dificultoso establecer con claridad cuál es o debería ser la denominación más apropiada

para cada una de las justicias, por exclusión, es mucho más fácil señalar cuáles no son o no deberían ser los términos, en este caso, no debería denominarse a la justicia estatal como ordinaria a fin de no catalogarla como regular o común frente a la justicia indígena, de la misma manera como no debería llamarse *sistema judicial nacional*, puesto que si el Ecuador es un país con pluralismo jurídico, los Derechos distintos del estatal también forman parte de ese gran sistema judicial nacional que comprende a todos.

Por otro lado los sistemas jurídicos pre coloniales no se mantienen intactos, sino que han sufrido ciertas variaciones y modificaciones a través del tiempo, producto de la inevitable cercanía con el Derecho estatal, generando en algunos casos **sistemas jurídicos híbridos**. Al respecto Boaventura de Sousa Santos⁴⁴ señala que en un momento determinado todos los sistemas jurídicos y legales de un Estado-nación, concurren y son influenciados mutuamente; este cruce de ordenamientos legales y jurídicos es denominado por De Sousa Santos como *interlegalidad*. La interlegalidad genera sistemas *híbridos legales* que se encuentran en una especie de *limbo institucional* y producen un nuevo tipo de pluralismo jurídico desafiante de dicotomías convencionales, como oficial/no oficial; formal/informal; tradicional/moderno; monocultural/multicultural. Un ejemplo⁴⁵ de ello son los tribunales comunitarios en Mozambique que son reconocidos como un sistema judicial oficial para ciertas comunidades, utilizando formas de resolución de conflictos tradicionales y estatales.

⁴⁴ Boaventura de Sousa Santos, The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique..., p.46 – 48

⁴⁵ Sara Araujo, "Pluralismo jurídico en Moçambique. Uma realidade em movimento", en *Revistas Sociológica Jurídica* No. 6 ISSN: 1809-2721, Coimbra-Portugal, Universidad de Coimbra, Junio 2008, p. 7 -9.

2.1. Pluralismo jurídico en el Ecuador: Derechos indígenas

Los pueblos indígenas en cualquier país del mundo, tienen distintas formas de organización social, distintas cosmovisiones, distintas costumbres, pero una característica común: son discriminados y excluidos. Esta particularidad a la que han estado sujetos durante siglos, incluye aislamiento e invisibilización de sus formas de resolución de conflictos y la superposición de otras formas de justicia por sobre las suyas.

Es innegable que en Ecuador la población indígena es numerosa, aunque las cifras que resultan de los censos realizados en el país reflejen lo contrario,⁴⁶ la Confederación Nacional de Indígenas del Ecuador (CONAIE), establece la existencia de 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas en la Costa, Sierra y Amazonia del Ecuador.⁴⁷ Cada una de estas nacionalidades y pueblos indígenas ha ejercido durante mucho tiempo sus propias formas de resolución de conflictos; sin embargo, esta particularidad es reconocida oficialmente por el Estado ecuatoriano apenas en la Constitución de 1998, como consecuencia de la lucha del movimiento indígena ecuatoriano y sus organizaciones sociales y políticas. Antecedente importante para este reconocimiento constituye la ratificación por parte del Congreso Nacional del Convenio #169 el 28 de abril de 1998, pese a la oposición de sectores neoliberales y medios de comunicación. La actual Constitución promulgada el 20 de octubre de 2008,

⁴⁶ El último censo realizado en el Ecuador el 28 de noviembre de 2010, inquirió a la población su auto identificación racial, arrojando como resultado el 7,2% de población indígena. En "http://www.inec.gov.ec/cpv/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=49&lang=es", revisado a octubre de 2011.

⁴⁷ En "<http://www.conaie.org/nacionalidades-y-pueblos/pueblos>". Revisado a octubre de 2011.

ratifica el reconocimiento de las funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Es preciso señalar que cada pueblo y/o nacionalidad posee su propio sistema jurídico, por lo que no existe un “Derecho indígena” sino “Derechos indígenas”; así, su tratamiento debe ser plural. De la misma manera, algunos expertos mencionan que no debería hablarse de “administración de justicia indígena” debido a que en el mundo indígena no existe esa palabra.⁴⁸ Para los pueblos indígenas la resolución de conflictos no constituye un aspecto determinado de la vida, sino que forma parte de la vida misma como un todo inseparable. De esta manera, no sería correcto hablar de justicia indígena sino de “armonización indígena”, ya que el objetivo principal de los Derechos indígenas, tal como lo refiere Julio Cesar Trujillo, es la armonía y la paz de la comunidad⁴⁹ de la misma manera como el objetivo principal del Derecho estatal es la búsqueda de la justicia.

Estos derechos varían de manera considerable al momento de resolver conflictos, principalmente porque responden a cosmovisiones distintas. Las formas de resolución de conflictos en el mundo indígena⁵⁰ buscan proteger las relaciones armoniosas de la colectividad, es decir, buscan recuperar el equilibrio roto entre los seres humanos lo que produce un inevitable

⁴⁸ Raúl Llasag Fernández, “Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: El Caso la Cocha”, en *Develando el desencanto: informe sobre derechos humanos Ecuador 2010*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos PADH, Abya Yala, 2010, p. 94 – 104.

⁴⁹ Julio César Trujillo, “Justicia indígena y pluralismo jurídico” en *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Laura Giraudo (edit), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucional, 2008, p. 268.

⁵⁰ John Bamba, “El desarrollo libremente determinado de los pueblos indígenas”, en *1-2/10 Asuntos Indígenas, Desarrollo y Derecho Consuetudinario*, Copenhague-Dinamarca, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010, p. 33.

resquebrajamiento de las relaciones con otros seres y/o con la naturaleza. Las formas de resolución de conflictos estatales derivan del derecho eurocéntrico u occidental, su propósito es mantener el orden social y administrar justicia. La sentencia de la autoridad indígena o tradicional no es considerada como mera imposición de sanción, sino un instrumento de reconciliación del infractor con la comunidad y un proceso de sanación del que ha contravenido por estar enfermo. La sentencia de la autoridad jurisdiccional estatal es impuesta como sanción proporcional al delito cometido. Las concepciones del Derecho estatal acerca de: delito, prisión, dolo, mala fe, entre otras, no existen para los Derechos indígenas, de la misma manera como las concepciones de sanación, purificación, pérdida de armonía, enfermedad, entre otras, no existen para el Derecho estatal. Los Derechos indígenas no dividen su sistema jurídico en materias como lo hace el sistema estatal, es decir, no existe derecho civil, derecho penal, derecho familiar, etc. Las diferencias entre los sistemas jurídicos son vastas, y aunque el sistema de valores del mundo indígena en algunos casos suele coincidir con el sistema de valores de la comunidad mayoritaria, en otros tantos suelen resultar claramente opuestos. Sin embargo, es indudable que aunque el análisis a otra cultura parta desde una perspectiva intercultural, es sumamente difícil llegar a una interpretación exacta de las actuaciones y en general de la cosmovisión de una cultura ajena. La dificultad se agrava si la observación se realiza desde un punto de vista jurídico neto, sin apoyarse en la interdisciplinariedad a fin de zanjar las diferencias.

En general,⁵¹ los conflictos al interior del espacio comunal indígena se resuelven de acuerdo con su marco normativo, creencias, espiritualidad y mundo de saberes, mientras que el Derecho estatal resuelve los conflictos de acuerdo con su marco constitucional, legal y, algunos casos de acuerdo con la normativa internacional.

No obstante, el reconocimiento de los Derechos indígenas y las diferencias en la creación, desarrollo, aplicación y práctica de estos con el Derecho estatal, no implica su actuación aislada sino contrariamente su interacción a través de la coordinación y cooperación de los sistemas. En Ecuador, tanto en la Constitución de 1998 como en la de 2008, así como en las constituciones de Colombia, Perú, Venezuela y Bolivia, se determina la necesidad de establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal, y aunque las disposiciones constitucionales apuntan a la creación de una ley que logre este objetivo, el diálogo entre los sistemas debe procurarse en todos los niveles: social, político, jurídico, administrativo y legal.

En el caso específico del Ecuador, las instituciones de la función judicial, tienen también la responsabilidad de tender puentes entre las jurisdicciones, principalmente, la Corte Constitucional, máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia, que constituye actualmente el único organismo estatal autorizado para revisar las decisiones jurisdiccionales indígenas a través del control de constitucionalidad,

⁵¹ Raquel Yrigoyen Fajardo, "El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos", en *El Reto de la Diversidad*, Willem Assies/Gemma van der Haar/André Hoekema (edit), México, Colegio de Michoacán, 1999, p. 352.

a fin de ratificarlas o revocarlas si violentaren la Constitución o los derechos humanos.

CAPÍTULO II

CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES INDÍGENAS

1. Control constitucional: revisión de sentencias judiciales

Cuando utilizamos el término “control constitucional” es inevitable pensar en el control de constitucionalidad de las leyes, competencia judicial de expulsar o declarar no aplicable una norma controvertida del ordenamiento jurídico, si del examen de esta resulta que es incompatible con preceptos constitucionales. La potestad de declarar la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una ley⁵² es atribuida a la Corte Constitucional o Tribunal Constitucional en el sistema concentrado o especializado de origen europeo; o, a los jueces de cualquier fuero o instancia, con una Corte o Tribunal Supremo como intérprete final de la Constitución, en el sistema difuso o no especializado de origen norteamericano. El inicio del control de constitucionalidad de las leyes se hizo visible en Estados Unidos a partir de la sentencia *Marbury vs. Madison*⁵³ emitida en 1803 por el *Chief Justice* Marshall, mediante la cual la Corte Suprema se atribuyó el control de la constitucionalidad de las leyes federales, en atención al principio de la supremacía de la Constitución, que establece la prevalencia de sus disposiciones sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico; este sistema de control se denominó *judicial review*. Sobre este tema, pero en Europa continental, es famoso el debate surgido

⁵² Ricardo Haro, “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Córdoba-Argentina, 2004, p. 49.

⁵³ Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política, Poder judicial y democracia*, Madrid, Grupo Santillana de Ediciones S.A., 1999, p. 114.

entre el jurista vienés *Hans Kelsen* y el alemán *Carl Schmitt*, a propósito de determinar quién debe ser el defensor de la Constitución. La solución a esta pregunta fue conferida inicialmente por Hans Kelsen, con la creación del primer Tribunal Constitucional en la Constitución austriaca de 1920. Para Kelsen el órgano encargado de verificar violaciones a la Constitución por acción u omisión, debía ser un tribunal independiente del Parlamento y del Gobierno, funciones del Estado propensas a transgredir los límites jurídicos del ejercicio del poder, pues en palabras del propio Kelsen *nadie puede ser juez de su propia causa*.⁵⁴ Su propuesta fue un control de constitucionalidad central o “*concentrado*” –a diferencia de lo que ocurría en Estados Unidos- confiado a un tribunal que ejerce una labor distinta de los otros órganos jurisdiccionales, emitiendo sentencias que actúan como una especie de *ley posterior que deroga otra anterior*,⁵⁵ razón por la cual asemejó a este órgano como una suerte de *legislador negativo*, por la atribución de expulsar del ordenamiento jurídico leyes incompatibles con la Constitución; por otro lado, el *legislador positivo* era el Parlamento con la tarea de crear legislación. Como contrapartida a los argumentos del doctrinario austriaco que influyeron en la conformación del Tribunal Constitucional, Carl Schmitt publica en 1931 su obra “*La defensa de la Constitución*” en la cual descalifica la solución kelseniana, aduciendo que la función judicial no puede tutelar la Constitución en razón de que su violación obedece a conflictos políticos más que jurídicos, y siendo la tarea del juez *apolítica*, el único órgano facultado para enfrentar aspectos de tal importancia

⁵⁴ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. en verso castellano por Roberto J. Brie, Madrid, Edit. Tecnos S.A., 1995, p. 5.

⁵⁵ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?...*, Estudio preliminar XIX, p. 11.

era el *Presidente del Reich*.⁵⁶ Schmitt consideraba que la Constitución de Weimar señaló como protector de la Constitución al Presidente del Reich, al otorgarle el encargo del orden político con una estabilidad y permanencia relativa, y atribuciones que le permitían realizar una *defensa activa* de la Constitución, sumado a ello su elección por parte de todo el pueblo alemán lo investía como el único órgano con legitimidad democrática para custodiar la unidad constitucional.⁵⁷ En respuesta a los fundamentos de Carl Schmitt, Kelsen publica en Berlín en 1931 su célebre ensayo *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* rebatiendo cada uno de los argumentos del profesor alemán, especialmente la negación del carácter político de la jurisdicción. Para Kelsen toda disputa jurídica es una pugna de intereses y por tanto un *conflicto de poder*, de manera que si las violaciones a la Constitución responden a aspectos políticos nadie mejor que un Tribunal Constitucional dotado de características jurisdiccionales y a la vez políticas para vigilar el orden constitucional y sancionar su vulneración.

Con el paso de los años, la historia demostró quién tuvo la razón en el famoso debate, al punto de que en la actualidad varios países -incluyendo el nuestro- han acogido la tesis austriaco-kelseniana del control concentrado de constitucionalidad.

Por otro lado, para el profesor italiano Luigi Ferrajoli⁵⁸ el control de constitucionalidad y los procedimientos especiales que dificultan la reforma constitucional, constituyen los pilares fundamentales de la rigidez de la

⁵⁶ Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, trad. en verso castellano por Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Edit. Tecnos S.A., 1998, p. 248 -249.

⁵⁷ Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución...*, p. 250.

⁵⁸ Luigi Ferrajoli, *democracia y garantismo...*, p. 28 – 29.

Constitución, que reconoce a la norma fundamental como superior frente a la legislación ordinaria y los poderes estatales. Estas características según el autor, definen el cambio de paradigma del Derecho, antes “paleopositivista” considerando a la ley como fuente suprema e ilimitada del Derecho y, actualmente “garantista” haciendo posible que las constituciones garanticen la sujeción al derecho de todos los poderes, incluso el poder legislativo.

El nuevo paradigma garantista o constitucionalismo contemporáneo como también se lo conoce, surge como contraposición al positivismo en su versión extrema,⁵⁹ que determina la legitimidad y justicia de una ley, por el sólo hecho de haber sido emitida de acuerdo con la voluntad de la ficción de la mayoría y siguiendo el procedimiento previamente establecido. El constitucionalismo, por el contrario, cuestiona cualquier norma o decisión de una autoridad legítima, si es incongruente con los principios y reglas constitucionales, aun cuando el procedimiento para su emisión haya sido el previsto, de ahí, que normas o decisiones en el constitucionalismo contemporáneo pueden ser válidas pero no justas y por tanto, susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.

El constitucionalismo contemporáneo se asienta sobre el principio de supremacía constitucional que implica el deber de los habitantes y principalmente de las instituciones del Estado de respetar los límites formales y sustanciales que la Constitución establece, es decir, ningún poder público puede irrespetarla. En este escenario, la función judicial no queda fuera del cumplimiento de la Constitución; las decisiones emitidas por autoridades jurisdiccionales no están exentas de vulnerar preceptos constitucionales o

⁵⁹ Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y Positivismo*, México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., 1999, p. 25.

derechos fundamentales. Aunque en sus inicios la tarea principal de la Corte Constitucional o Tribunal Constitucional era el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, el control de manera prioritaria de los actos del legislador, en la actualidad se le ha encomendado la defensa de la supremacía de la Constitución sobre todos los actos de los órganos del Estado, entre ellos, las sentencias judiciales.

Las sentencias judiciales de última instancia fueron durante muchos años, actos intocables e indiscutibles en pro del principio de la seguridad jurídica,⁶⁰ no obstante resulta absurdo sostener la infalibilidad de las autoridades jurisdiccionales, quienes en su condición de seres humanos son susceptibles de vulnerar derechos constitucionales. En atención a este razonamiento el máximo organismo de control constitucional está facultado para revisar sentencias judiciales a fin de unificar la jurisprudencia y servir como instrumento de control de las decisiones que se tomen respecto a derechos fundamentales. Esta atribución puede efectuarse vía acción extraordinaria de protección como sucede en Ecuador (artículo 94 de la Constitución de 2008), vía revisión de decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela como sucede en Colombia (artículo 241.9 de la Constitución de 1991), vía recurso de amparo contra resoluciones judiciales como sucede en España (artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), etc.

2. Decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador

En el análisis del pluralismo jurídico, se hizo referencia a la aplicación y ejecución de múltiples sistemas de resolución de conflictos dentro de un mismo

⁶⁰ Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Vías de Hecho. Acción de Tutela contra Providencias*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, abril 2007, p. 20 – 29.

Estado por parte de diversos colectivos indígenas. Estos sistemas jurídicos son reconocidos por varios países como paralelos y de igual jerarquía que el sistema estatal. Los países que incorporan esta característica a sus constituciones declaran oficialmente la aceptación de la diversidad cultural y la existencia de pluralismo jurídico en su territorio, tal es el caso de Ecuador y otros países andinos.

Los sistemas jurídicos indígenas son denominados por algunos autores como “derecho consuetudinario”⁶¹ en razón de que funcionan con normas tradicionales no escritas que derivan de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad y que se encuentran indisolublemente adheridas a la estructura social, sin ser por ello, sistemas estáticos sino dinámicos y susceptibles de influencias externas. No obstante, otro grupo de especialistas prefiere no utilizar el término derecho consuetudinario,⁶² por considerar que fue la expresión que se utilizó en la época colonial para distinguirlo del derecho occidental y minimizarlo frente al sistema jurídico europeo, considerado de valor superior. De cualquier forma, es incuestionable la existencia de sistemas jurídicos indígenas pre coloniales aún subsistentes en los Estados modernos, reconocidos en la actualidad por países con pluralidad jurídica con las denominaciones: derecho consuetudinario (Perú); normas y procedimientos propios (Colombia y Bolivia); tradiciones ancestrales (Venezuela) o simplemente derecho propio (Ecuador).

⁶¹ Rodolfo Stavenhagen, “Derecho consuetudinario en América Latina”, en *Antología, Grandes temas de la Antropología Jurídica, V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Justicia y Diversidad en tiempos de Globalización*. En homenaje a Jane F. Collier. Del 16 al 20 de octubre de 2006. Oaxtepec, Morelos, México, p. 16 - 17.

⁶² Rodolfo Stavenhagen, *Derecho consuetudinario en América Latina*, p. 18.

Las autoridades competentes de aplicar y ejecutar los Derechos indígenas son aquellas autoridades investidas de tal responsabilidad por la comunidad de acuerdo con sus sistemas de organización social y política, en la mayoría de comunidades indígenas del Ecuador, estas autoridades son⁶³ el cabildo o el consejo de gobierno, integrado por un presidente, vicepresidente, secretario y síndico y, la asamblea general, máxima autoridad de la comunidad, encargada de resolver los conflictos más graves o tomar las decisiones trascendentales. La competencia de las autoridades indígenas es personal, en tanto se aplica a los miembros de la comunidad como autores o víctimas y, es territorial en tanto se aplica a los actos perpetrados en el ámbito geográfico propio de la comunidad indígena.

La tarea de administrar justicia se realiza con la asistencia de ciertos líderes que gozan del respeto y la confianza del grupo cultural,⁶⁴ quienes colaboran en la resolución de conflictos, como los ancianos, shamanes, ex autoridades, curanderos, compadres o la propia comunidad reunida en asamblea general. Las autoridades indígenas están preparadas para resolver cualquier clase de conflictos, asuntos penales, civiles, familia, etc., porque tal como lo precisan Julio Cesar Trujillo y Donna Lee Van Cott, su sistema jurídico no divide el Derecho en materias como ocurre con el sistema estatal, es decir la conocida clasificación del Derecho en público, privado, social, civil, etc, no existe.⁶⁵ La razón de esta particularidad es la fusión de la vida social y legal de

⁶³ Lourdes Tibán Guala y Raúl Ilaquiche Licta, *Jurisdicción Indígena, en la Constitución Política del Ecuador*, Latacunga, Fundación Hanns Seidel, diciembre 2008, p. 40.

⁶⁴ Elva Terceros, "El Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas", en *Las Reformas al Estado*, Cochabamba, Instituto de Estudios Internacionales IDEI-Bolivia, 2007, p. 323

⁶⁵ Donna Lee Van Cott, "Pluralismo legal y administración de justicia comunitaria informal en América Latina", en *Antología, Grandes temas de la Antropología Jurídica, V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Justicia y Diversidad en tiempos de*

la comunidad y el carácter plurifuncional de sus autoridades. En algunos colectivos indígenas, se derivan a la justicia estatal las ofensas extremadamente graves que no han podido resolverse en la comunidad o, aquellas por las que se pretende sancionar al infractor más duramente, esto por cuanto la sola amenaza de remitir el caso a la justicia estatal constituye para ciertos comuneros suficiente intimidación para evitar la reincidencia.

El procedimiento de resolución de conflictos varía dependiendo de la comunidad indígena, por tanto, hay tantos procedimientos como nacionalidades y pueblos indígenas existen en el país. Al respecto, Julio Cesar Trujillo manifiesta⁶⁶ que existen conflictos indígenas cuyo procedimiento de resolución es muy parecido al estatal, es decir, existen dos partes que defienden intereses o argumentos contrapuestos y una autoridad que dirime y cuya resolución debe ser acatada, a este tipo de conflictos corresponden los que amenazan la propiedad o la vida. Por otro lado existen comportamientos socialmente prohibidos en la comunidad que son solucionados desde casa, con ayuda de los padres o los padrinos, tal es el caso de los chismes, peleas conyugales, etc. En general los actos que quebrantan la armonía del colectivo indígena y las sanciones que se aplican por su cometimiento, no suelen estar escritos en un código como sucede con el Derecho occidental, sino que, por su carácter consuetudinario son transmitidos de forma oral, aunque en algunos casos son plasmados en reglamentos. No obstante, es incorrecto acusar al Derecho indígena de ser poco conocido por la comunidad y por tanto

Globalización. En homenaje a Jane F. Collier. Del 16 al 20 de octubre de 2006. Oaxtepec, Morelos, México, p. 212

Julio César Trujillo, Justicia indígena y pluralismo jurídico...p. 268.

⁶⁶Julio César Trujillo, Justicia indígena y pluralismo jurídico...p. 277-279.

transgresor del principio de legalidad que implica conocer con anterioridad las conductas prohibidas y sus consecuencias, por el contrario, como menciona Emiliano Borja Jiménez la condición de un reducido grupo humano en el caso de las comunidades indígenas, al contrario de lo que se puede creer facilita el conocimiento de la ley.⁶⁷

A pesar de que la comisión de actos violatorios de las normas internas de la comunidad es menos común en los pueblos indígenas en comparación con la sociedad mayoritaria, los actos más frecuentes que lesionan la armonía comunitaria o provocan desorden, según la ilustrativa clasificación de Fernando García son:⁶⁸ 1) problemas familiares como separación de parejas, divorcio, adulterio, violencia intrafamiliar, celos, y peleas entre parientes; 2) problemas sexuales como violaciones o negación de paternidad; 3) problemas sociales como chismes, calumnias, peleas por embriaguez, falta de respeto a la autoridad y pandillas juveniles; 4) problemas contra la propiedad como robo de ganado, robo de bienes materiales, disputas por herencia, deudas impagas, conflictos de posesión y límites de tierra; 5) atentados contra la vida como homicidios, intento de homicidio, suicidios, accidentes de tránsito, y acusaciones de brujería. En el caso de los pueblos que pertenecen a la nacionalidad quichua ecuatoriana, los problemas que afronta la comunidad giran en torno, principalmente, al quebrantamiento de los tres principios básicos quichuas *ama quilla* (no ser ocioso), *ama llulla* (no mentir), y *ama shua* (no robar). Si realizamos una comparación entre los citados comportamientos

⁶⁷ Emiliano Borja Jiménez, *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 118 - 120

⁶⁸ Fernando García Serrano, *Formas Indígenas de administrar justicia. Estudio de casos de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Quito, FLACSO, 2002, p. 29 - 41.

que perturban la armonía de las comunidades indígenas y aquellos delitos y contravenciones que conoce la sociedad blanco mestiza o sociedad mayoritaria, es difícil encontrar marcadas diferencias. Salvo la brujería, los chismes y el adulterio, los actos prohibidos en las dos culturas suelen ser idénticos, sin embargo la forma de juzgarlos y las sanciones que se aplican por su comisión difieren.

Aunque la noción occidental de debido proceso no existe en el Derecho indígena, es indudable que las comunidades tradicionales poseen un procedimiento propio, que cubre los requerimientos del derecho a la defensa, al permitir que las partes intervinientes en el conflicto expliquen las razones de sus actuaciones sin términos limitados, y el principio de legalidad, al lograr que la norma sea conocida por todos los miembros de la comunidad, siendo perfectamente previsible para los comuneros las sanciones que se aplican ante la comisión de determinados actos. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-349-96 también denominada *Sentencia del Cepo*, cuyo ponente fue el Magistrado Carlos Gaviria, manifiesta que para cumplir con el principio de legalidad las autoridades indígenas deben actuar conforme lo han hecho en el pasado con fundamento en sus tradiciones, sin que aquello implique que el Derecho indígena se estanque, en razón de que las culturas son dinámicas y están en continua evolución, es decir se requiere el cumplimiento de por lo menos un mínimo de legalidad a fin de no vulnerar los principios básicos de ninguna de las dos culturas.

La resolución de conflictos en la mayoría de pueblos indígenas pertenecientes a la nacionalidad quichua del Ecuador ante el Cabildo,

responde al siguiente procedimiento:⁶⁹ 1) Una de las partes involucradas en el problema, generalmente la víctima o sus parientes, se acerca a las autoridades competentes del cabildo y presenta la denuncia respectiva o la petición de solución en forma oral; esta etapa se conoce con el término quichua *Willachina* que significa aviso o reporte. 2) Posteriormente, las autoridades competentes estudian el caso e inician las investigaciones de los hechos, con inspecciones oculares, preguntas a vecinos o familiares, etc., a fin de determinar por ellos mismos cuál fue el daño que se ocasionó exactamente, esta etapa se denomina *Tapuykuna* que significa averiguar. 3) Acto seguido, las autoridades indígenas citan a las partes involucradas a la oficina del cabildo, señalando para tal efecto fecha y hora, a fin de realizar una audiencia en la que cada parte tiene la oportunidad de explicar las razones de sus actuaciones, así como también pueden intervenir testigos para cada parte; esta etapa se denomina *Chimbapurana* que significa careo, porque el supuesto infractor y la supuesta víctima se confrontan. 4) Si de las investigaciones y la audiencia, las autoridades deducen que efectivamente se cometió un acto prohibido, proceden a determinar la sentencia con la finalidad de restablecer el orden en la comunidad y lograr que el autor se arrepienta sinceramente, esta etapa se denomina *Killpichirina* que refiere la imposición de la sanción. 5) Finalmente se procede al cumplimiento de la sentencia, por parte de personas de buena conducta que gocen de la confianza y la credibilidad de la comunidad; esta etapa se denomina *Paktachina* que implica la ejecución de la sanción.

⁶⁹ Marc Simon Thomas, "Legal pluralism and interlegality in Ecuador, The La Cocha murder case", en *Cuadernos del CEDLA* No. 24, Amsterdam, Centre for Latin American Studies and Documentation, 2009, p. 61 – 64.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho occidental en el que las sentencias contienen usualmente sanciones o penas para castigar al infractor, en los Derechos Indígenas, las sentencias implican acciones para restablecer la armonía comunitaria y evitar que el autor vuelva a transgredir los actos socialmente permitidos. Las decisiones indígenas utilizan rituales de sanación como actos culturalmente rehabilitadores,⁷⁰ con la finalidad de purificar al sujeto y restablecer el equilibrio y la paz; un ejemplo de ello es la utilización en algunas comunidades del fueite, no como castigo o sufrimiento excesivo, sino para utilizar una figura simbólica que represente al rayo, a fin de purificarlo.

Las decisiones jurisdiccionales indígenas dependen de la comunidad y por tanto de cada cultura; éstas pueden ser multas, devolución de objetos robados, indemnizaciones, baño con agua fría, ortiga, fueite o látigo, trabajos comunales, reclusión en la casa comunal por hasta 24 horas, o la expulsión de la comunidad como la sanción más drástica. Aun cuando estas sanciones difieran de las aplicadas por el Derecho estatal por más benignas o severas para idéntico comportamiento, resultan culturalmente válidas, siempre que no vulneren derechos constitucionales. Su aplicación también suele resultar distinta,⁷¹ en tanto los Derechos indígenas consideran que en algunos casos la responsabilidad no es solo del quebrantador de la norma, sino de la familia de éste que debió aconsejarlo o cuidar su buen comportamiento, o incluso de toda la comunidad que asume parte de la responsabilidad, razón por la cual se reúne en conjunto para tomar la decisión.

⁷⁰ Sentencia T-523/97 Corte Constitucional de Colombia

⁷¹ Emiliano Borja Jiménez, *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena...*, p. 125 y 126.

El reconocimiento constitucional de funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas dentro de su ámbito territorial y de acuerdo a sus tradiciones y derecho propio, lleva implícito la facultad reconocida a las autoridades ancestrales de dictar decisiones frente a los conflictos que surgen dentro de la comunidad indígena. Estas resoluciones por norma constitucional tienen el mismo carácter jurídico y fuerza vinculante que las sentencias expedidas por autoridades jurisdiccionales estatales. Por tanto, sin que se necesite ratificación del sistema judicial estatal, las decisiones jurisdiccionales indígenas surten el efecto de cosa juzgada *per se*, debiendo ser obedecidas por las partes involucradas, consideradas por la comunidad y respetadas por las autoridades y las instituciones del Estado. El carácter vinculante de las resoluciones jurisdiccionales indígenas impide que una vez emitidas sean nuevamente conocidas por cualquier otra autoridad indígena o estatal, en atención al principio de prohibición de doble juzgamiento (*non bis in idem*), excepto por parte de la Corte Constitucional en la sustanciación de la acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas, en cuyo caso la autoridad constitucional está facultada para revisar el apego de la resolución ancestral a las normas constitucionales y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

3. Control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador y Colombia

Una vez reconocido el carácter jurisdiccional de las resoluciones indígenas, por parte de Ecuador y Colombia, estas decisiones ancestrales al igual que ocurre con los actos de los órganos e instituciones del Estado, así como, los actos de quienes actúen en ejercicio de una potestad pública, deben ajustarse

a las disposiciones constitucionales contenidas en la Norma Fundamental. Para tal efecto, se ha encomendado la tarea de vigilar la supremacía constitucional respecto de las decisiones jurisdiccionales indígenas, al máximo organismo de control constitucional en ambos países, a través de la acción extraordinaria de protección en Ecuador (artículo 94 y 171) y la revisión de acción de tutela en Colombia (artículo 86 y 241.9).

Aunque en Ecuador se reconocieron por primera vez funciones jurisdiccionales de autoridades indígenas mediante la Constitución de 1998 y se ratificaron en la actual Constitución del 2008, no fue sino con esta última, que se articularon relaciones entre los sistemas de justicia indígena y el sistema de justicia estatal a través del control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales ancestrales. La institución del control de constitucionalidad sobre este tipo de resoluciones, respondió de manera coherente al establecimiento de garantías jurisdiccionales, junto a la expedición de una nueva Constitución que reconoció un nuevo Estado *de derechos y justicia*, y con ello, un nuevo sistema constitucional garantista.

De acuerdo con la novedosa garantía, cualquier miembro de una comunidad indígena, al que se le imponga una sanción,⁷² según los usos y costumbres de la comunidad, por contravenir normas internas, puede presentar una acción de control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional si de alguna manera se siente perjudicado con la decisión. Sin embargo, el control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas no debe

⁷² Rosa Cecilia Baltazar Yucailla, "La Justicia Indígena en el Ecuador", en *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 468 y 469.

entenderse como una nueva instancia judicial para obtener una resolución favorable. La coordinación y cooperación entre las justicias estatal e indígena, no implica que la una sustituya a la otra para efectos de obtener decisiones positivas, así como tampoco significa que la justicia estatal esté habilitada para emitir una resolución superior que derogue a la ancestral. El objetivo del control de las decisiones emitidas por autoridades indígenas es la protección de los derechos constitucionales, como efectiva respuesta al cambio de paradigma que vive el Ecuador, transformando el anterior Estado legal en el actual Estado constitucional,⁷³ dentro del cual los derechos de las personas o los colectivos, actúan como vínculos y límites al ejercicio de poder de cualquier autoridad. De esta manera, las autoridades jurisdiccionales indígenas susceptibles de vulnerar derechos con el contenido de sus decisiones, también están sometidas tal como ocurre con las autoridades jurisdiccionales estatales, al respeto irrestricto de las normas constitucionales y los derechos humanos. Aunque la posibilidad de violación de derechos resulta idéntica en ambas autoridades, las resoluciones que responden a patrones culturales distintos de los que rigen a la sociedad mayoritaria, pueden resultar un tanto más peligrosas, precisamente en razón de la diferencia cultural. En conclusión, a pesar del reconocimiento constitucional del Derecho indígena, se hace necesaria su limitación explícita a fin de evitar que sus procedimientos y sanciones vulneren derechos humanos, razón por la cual se ha encargado a la Corte Constitucional la tarea de controlar la conformidad de estas resoluciones con los preceptos constitucionales, con la atribución de rectificarlas si de su análisis se evidencia una clara violación de derechos. La acción por la cual la

⁷³ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador, El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011, p. 107 - 111.

Corte Constitucional vigila el cumplimiento de la Constitución por parte de las autoridades jurisdiccionales indígenas, se denomina control de constitucionalidad de decisiones jurisdiccionales indígenas, y se sustancia a través de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

La legislación ecuatoriana describe el trámite del control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas, específicamente en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencias de la Corte Constitucional (RSPCC). Según establece esta normativa, el control de constitucionalidad debe efectuarse mediante *acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena*, garantía jurisdiccional que ratifica y fortalece el carácter vinculante de las decisiones emitidas por autoridades indígenas, al ser en esencia idéntica a la acción extraordinaria de protección que procede contra las sentencias o autos definitivos de la justicia estatal.

De acuerdo con el procedimiento establecido en la LOGJCC pueden impugnar decisiones jurisdiccionales indígenas ante la Corte Constitucional mediante acción extraordinaria de protección, dentro del término de 20 días, quienes estuvieren inconformes con la decisión de la autoridad indígena, por considerar que esta vulnera derechos constitucionales o discrimina a la mujer (artículo 65). Nótese que en cuanto a los derechos vulnerados, la LOGJCC se aleja un poco de lo que dispone la propia Constitución al respecto, para la cual las resoluciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas no deben ser

contrarias ni a la Constitución ni a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales

Para sustanciar la acción propuesta el artículo 66 de la LOGJCC, precisa que la Corte Constitucional debe respetar ciertos principios y reglas en la sustanciación de este tipo de acciones, tales como: interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso, oralidad, legitimación activa, acción, calificación, notificación, audiencia, opinión técnica, proyecto de sentencia, notificación de la sentencia, y violación de derechos de las mujeres.

A pesar de las disposiciones constitucionales y legales acerca del reconocimiento de las justicias indígenas y su control constitucional desde el 20 de octubre del 2008, y la existencia de 14 nacionalidad y 18 pueblos indígenas en Ecuador, todos ellos con un sistema de justicia propio, se han presentado solo tres acciones extraordinarias de protección contra decisiones judiciales indígenas ante la Corte Constitucional y ninguna de ellas ha sido resuelta hasta la fecha por este organismo, dilatándose sin justificación aparente el necesario precedente jurisprudencial constitucional, que por pionero, devendría en un hito histórico.

De la misma manera, como la función legislativa ha retrasado la creación de la ley que establezca los mecanismos de coordinación y cooperación entre las justicias indígenas y la justicia estatal,⁷⁴ la Corte Constitucional ha retrasado la emisión de las sentencias que deberían tender puentes interculturales entre

⁷⁴ La primera propuesta de Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador, fue planteada por los profesores Julio César Trujillo, Agustín Grijalva Jiménez y Ximena Endara, en la publicación de la obra Justicia Indígena en el Ecuador, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Projusticia, 2001. Para la realización de esta propuesta de proyecto, los investigadores realizaron 6 talleres que convocaron aproximadamente a 150 indígenas de 12 provincias del Ecuador.

los dos sistemas. Este fenómeno se evidencia con la inadmisible dilación de la sentencia en el caso La Cocha 2⁷⁵ cuyo plazo para resolver se ha vencido en exceso. Si se considera que según la LOGJCC la Corte Constitucional tenía 30 días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción (artículo 63), el máximo organismo de control constitucional lleva más de un año sin resolver una garantía jurisdiccional, desnaturalizando el procedimiento sencillo, rápido y eficaz de estas acciones según dispone la norma constitucional (artículo 86.a).

Lo anterior no significa que en Ecuador se vulnere deliberada e injustificadamente el derecho de impugnar decisiones jurisdiccionales indígenas, sino que evidencia que los asuntos de esta índole traspasan del campo jurídico al campo político. Tal como lo menciona Agustín Grijalva, es incuestionable que la actividad judicial es una forma de política,⁷⁶ no solo los partidos políticos y la clase política se ven involucrados en relaciones de poder. El control jurídico que realizan los jueces constitucionales, tiene inevitables dimensiones políticas: 1) La resolución de temas políticos ayudado de normas jurídicas; 2) las consecuencias o efectos políticos de la decisión judicial; y, 3) la decisión basada no solo en argumentos jurídicos, sino además, en valores y preferencias propios. Sumado a ello, para explicar el fenómeno de dilación, deben considerarse las alianzas y rupturas entre el régimen y el movimiento indígena, lo que entorpece la toma de una decisión sin influencias externas.

⁷⁵ Resolución jurisdiccional por la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, impuesta por las autoridades indígenas de la Comunidad La Cocha, parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, República del Ecuador.

⁷⁶ Agustín Grijalva Jiménez, "Evolución histórica del control constitucional en Ecuador", en *Constitucionalismo en Ecuador, Pensamiento Jurídico Contemporáneo* 5, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 170.

Por su parte, Colombia ha tenido un mayor desarrollo del control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas, debido sobre todo al serio compromiso que a diferencia de Ecuador asumió la Corte Constitucional colombiana a partir de la Constitución de 1991, que marcó su ingreso al constitucionalismo contemporáneo y dio inicio a nuevos sistemas estatales en la región. De acuerdo con este cambio de paradigma,⁷⁷ se transforman las condiciones de validez de las leyes, añadiendo a su legitimación además de una dimensión formal una sustancial; se altera la naturaleza de la jurisdicción, sujetando al juez no solo a las leyes sino principalmente a la Constitución; y modifica la naturaleza de la democracia, incorporando esferas sobre las cuales ni siquiera la mayoría puede decidir, estas son: los derechos fundamentales y los principios axiológicos establecidos en la Constitución.

En la actual Constitución colombiana se consagra el carácter pluriétnico y multicultural de la nación,⁷⁸ garantizando como derecho y principio rector el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de Colombia (artículo 7), sobre cuya base la Corte Constitucional ha emitido varias sentencias a fin de lograr conexiones interculturales que zanden las inevitables oposiciones entre la justicia indígena y la justicia estatal. Vale reiterar el papel trascendental que ha realizado la Corte Constitucional colombiana en la coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia a través de sus sentencias, en ausencia del cumplimiento de este fin por parte del legislador. Si comparamos la tarea que

⁷⁷ Luigi Ferrajoli, *democracia y garantismo...*, p. 31 y 32.

⁷⁸ Beatriz Eugenia Sánchez, "La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional", en *La Corte Constitucional, el año de la consolidación, Balance jurisprudencial de 1996, Observatorio de Justicia Constitucional*, Santafé de Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1998, p. 330.

realiza la Corte Constitucional colombiana en materia indígena con lo que sucede en Ecuador, es inevitable pensar que nuestra Corte Constitucional se encuentra en deuda con la sociedad ecuatoriana cuya población indígena es significativa. El máximo organismo de interpretación y control constitucional no procura como debiera el fortalecimiento del actual Estado plurinacional y la construcción de una sociedad intercultural. Es indudable que la Corte Constitucional ecuatoriana, a falta de pronunciamiento por parte de la función legislativa, tiene la obligación de tomar la posta para sentar precedente en la materia, no obstante ha eludido injustificadamente esta imperiosa tarea.

Regresando a lo que sucede en Colombia, la **sentencia No. T- 254 / 94** constituye la primera revisión de tutela que realizó la Corte Constitucional colombiana, frente a la impugnación de una decisión jurisdiccional indígena.

El actor de la acción de tutela, Ananías Narváez, miembro de la comunidad indígena “El Tambo”, localizada en el Municipio de Coyaima, Departamento de Tolima, impugnó la sanción que le fue impuesta por decisión jurisdiccional del cabildo de la comunidad por la supuesta comisión del delito de hurto. Al respecto señaló que el 19 de diciembre de 1992, la comunidad indígena El Tambo, reunida en asamblea general, decidió expulsarlo junto con su familia y despojarlo de la parcela que le fue adjudicada sin reconocimiento de sus cultivos y las mejoras que éste había efectuado en el terreno. Según alegó el accionante su expulsión se realizó sin fundamento probatorio, sin la investigación respectiva y sin estimar las propuestas del denunciado de permitir la conservación de la parcela en manos de su hijo de 16 años mientras él

abandonaba voluntariamente la comunidad, o que se le cancelaren las mejoras que había realizado en la parcela.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Tolima, juez de primera instancia que sustanció la acción, resolvió denegar la tutela aduciendo: 1) Que habiendo sido tomada la decisión de expulsión por toda la comunidad indígena reunida en asamblea, no se trata este de un acto judicial sino de un acto democrático; 2) que en ejercicio legítimo del derecho de libre asociación, los miembros de la comunidad tiene derecho de admitir o esquivar un socio, así, la comunidad tenía derecho de expulsarlo, como en efecto lo hicieron por votación general de acuerdo con sus usos y costumbres; 3) en cuanto a las pretensiones patrimoniales acerca de las mejoras, se indicó, que la vía judicial no era la acción de tutela sino el proceso laboral o el civil; 4) finalmente afirmó el juzgador que no es posible la concesión de tutela provisional, ya que el hecho que se afirmó violatorio se encontraba ya consumado.

El fallo de primera instancia fue apelado por el accionante bajo los argumentos: no se puede “esquivar” a una persona de su propia comunidad y, ninguna entidad pública puede violentar derechos fundamentales. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, juez de segunda instancia, confirmó la decisión impugnada argumentando: 1) La expulsión significó la imposición de una sanción por la reiteración de conductas contrarias a las costumbres y normas internas de la comunidad por parte del infractor, por tanto no fue un acto arbitrario; y, 2) ratificó la improcedencia de la vía constitucional para el cobro de los valores por concepto de mejoras. Esta última sentencia fue seleccionada por la Corte Constitucional para revisión, a fin de determinar si la

decisión jurisdiccional tomada por el Cabildo de la comunidad indígena constituye un acto susceptible de control judicial por vulnerar los derechos fundamentales del peticionario.

Del análisis de la sentencia de revisión T-254/94, recojo los siguientes razonamientos efectuados por la Corte Constitucional de Colombia (de aquí en adelante CCCol):

- a. La CCCol declaró que el peticionario podía activar el sistema judicial constitucional, a través de la acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales, debido a que no existen medios de defensa judicial frente a decisiones jurisdiccionales indígenas, por tanto, el accionante se encontraba en estado de indefensión.
- b. La CCCol identifica la tensión existente entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural que supone la aceptación de cosmovisiones y estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal; y, la consagración de los derechos fundamentales que se sustentan en normas transculturales, pretendidamente universales.
- c. La CCCol considera que las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos en la aplicación de los órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación: 1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los

particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas

- d. La CCCol reconoce la legitimidad del carácter jurisdiccional de las decisiones indígenas, y en consecuencia la facultad de imponer sanciones por la comisión de conductas contrarias a las normas internas de la comunidad.
- e. La CCCol indica que la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales por parte de las comunidades indígenas, no puede vulnerar derechos fundamentales constitucionales, que por normativa internacional y disposición constitucional constituyen límites jurídico-materiales.
- f. La CCCol concluye que la pena de expulsión al peticionario y su familia es desproporcionada y materialmente injusta, por trascender a la persona del infractor y abarcar a los integrantes de su familia, lo que genera vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad física de sus hijos.

Por las consideraciones expuestas, la CCCol decidió revocar las resoluciones de primera y segunda instancia, ordenando que el peticionario

regrese a la comunidad indígena hasta que esta adopte una nueva decisión jurisdiccional que no vulnere derechos fundamentales de terceros.

Para Beatriz Eugenia Sánchez⁷⁹ la sentencia T-254/94, significó el paso definitivo en la incorporación de la jurisdicción indígena al ordenamiento nacional colombiano, al establecer la CCCol la revisión de constitucionalidad de las sentencias indígenas por parte de cualquier juez de la república mediante acción de tutela. Sin embargo, considera la autora, la decisión de la CCCol limita al máximo la jurisdicción indígena, atando a las autoridades tradicionales a principios y valores ajenos a su cosmovisión. Esto principalmente porque el fallo del máximo organismo de control constitucional acepta la tutela considerando que la sanción violenta derechos fundamentales por trascender la persona del infractor y afectar a su familia, fundamentándose para ello, en el artículo 5.3 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que establece “*la pena no puede trascender la persona del delincuente*”. En tal razón, aunque la CCCol reconoció el respeto a la diversidad de los pueblos indígenas, valoró la decisión ancestral desde los derechos humanos, cosmovisiones y estándares valorativos incuestionablemente ajenos a su cultura.

Daniel Bonilla⁸⁰ coincide con el argumento anterior, señalando que en esta sentencia la Corte Constitucional impone a la comunidad indígena los valores centrales de la cultura dominante, es decir, evidencia *la visión de la naturaleza*

⁷⁹ Beatriz Eugenia Sánchez, *La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional...*, p. 339 - 340.

⁸⁰ Daniel Bonilla, *Los derechos fundamentales y la diferencia cultural, análisis del caso colombiano*, <http://www.seminario2005.unal.edu.co/Trabajos/Bonilla/Los%20derechos%20fundamentales%20y%20la%20diferencia%20cultural.pdf>. p. 12 – 17.

humana que defiende: las personas son individuos libres e iguales. A pesar de que la CCCol utiliza argumentos que tienden a la defensa de la diversidad cultural y la unidad en la diversidad, la decisión restringe la jurisdicción indígena sin consideración de su cosmovisión, al limitar la sanción únicamente al individuo infractor, porque los derechos humanos establecen que la responsabilidad penal es individual. Daniel Bonilla también hace alusión a las reglas de interpretación intercultural que establece la CCCol, entre ellas, aquella que refiere que a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía. Al respecto considera el autor, que la *pureza cultural* no debería ser criterio de interpretación, debido a que puede generar que las culturas se congelen a fin de no contaminarse con la cultura mayoritaria o simplemente retomen sus tradiciones pasadas para obtener más autonomía, de cualquier forma la cultura de la sociedad mayoritaria interfiere en las decisiones indígenas.

En consecuencia, la primera sentencia que emitió la Corte Constitucional de Colombia ante la impugnación de una decisión jurisdiccional indígena, evidenció la visión de un sistema neo constitucionalista europeo-occidental, caracterizado por la protección de derechos fundamentales constitucionales a favor del individuo sin más consideraciones, pero no a un sistema neo constitucionalista transformador,⁸¹ dentro del cual la protección de los derechos fundamentales constitucionales debe realizarse dentro de un marco de Estado que garantice la diversidad cultural y otorgue igual o mayor protección a los derechos colectivos frente a los derechos individuales cuando estos últimos resultan ineficaces. La decisión a la que llega la Corte Constitucional es

⁸¹ Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina...*, p. 76 – 88.

tomada sobre la base de criterios que parten de la cosmovisión eurocéntrica, sin solicitar la asistencia de antropólogos o expertos en las características, costumbres y tradiciones de la comunidad indígena El Tambo, es decir, no se realiza un verdadero esfuerzo de interpretación intercultural.

A partir de la expedición de la primera sentencia de impugnación de una decisión jurisdiccional indígena, por parte de la Corte Constitucional de Colombia, se han emitido diversas resoluciones que han cambiado el criterio del máximo juez constitucional frente a la tensión entre el derecho a la diversidad cultural y los derechos humanos. Estas decisiones constitucionales ante impugnaciones de decisiones jurisdiccionales indígenas han marcado etapas bien diferenciadas.⁸²

Un *liberalismo puro* con la sentencia T-254/94 de la comunidad indígena El Tambo que se mostró a favor de los derechos fundamentales individuales por sobre la diversidad cultural, al revocar la sentencia indígena considerada violatoria del derecho fundamental al debido proceso, por imponer como sanción desproporcionada la expulsión de la comunidad de uno de sus miembros y su familia.

Un *interculturalismo radical* con la sentencia T-349/96 de la comunidad indígena Embera-Chami, por la cual a pesar de haberse aceptado la tutela por considerar que la decisión indígena violentaba el principio de legalidad de la pena, se garantizó la diversidad cultural respecto a la aplicación de la sanción del *cepo*. El *cepo* fue reconocido por la Corte Constitucional como un ritual de

⁸² Gloria Patricia Lopera, *¿Rompiendo el cerco o ensanchando las fronteras del liberalismo?* Comentario al libro de Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2006, p. 181.

purificación según la cosmovisión de la comunidad indígena y no como sanción que pretenda causar sufrimiento, frente al argumento del accionante que lo definió como un trato cruel e inhumano.

Un *liberalismo cultural* con la sentencia SU-510/98 de la comunidad Arhuaca de la Sierra Nevada, mediante la cual la Corte Constitucional limita el derecho fundamental de la libertad religiosa de los miembros de la comunidad indígena que profesan la fe cristiana evangélica, bajo el fundamento de la protección de la integridad cultural indígena y la obstaculización de influencias de la sociedad mayoritaria que pudieran ser perjudiciales.

Aunque la Corte Constitucional de Colombia, tiene aún mucho trabajo a fin de lograr la difícil tarea de una adecuada coordinación y cooperación entre las justicias indígenas y la justicia estatal a través del control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas, los avances que ha logrado en la materia son ejemplares para los máximos órganos constitucionales de la región. En términos generales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado y reconocido paulatinamente el principio de protección de la diversidad cultural, reconociendo su preeminencia frente a otros derechos constitucionales. Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado como límites a las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, ciertos requerimientos mínimos, que a criterio de la Corporación, buscan proteger la dignidad humana de los miembros de la comunidad. En esta línea de pensamiento, la Corte Constitucional ecuatoriana debería observar para futuras resoluciones en materia indígena, las consideraciones a las que su símil colombiana ha llegado en cada una de sus paradigmáticas

sentencias. Sería prudente que nuestro máximo organismo de interpretación y control constitucional camine sobre terreno conocido, tomando en cuenta que la Corte Constitucional colombiana ha trabajado durante aproximadamente 17 años en el análisis de la justicia indígena mediante la sustanciación de casos concretos. Así las conclusiones a las que ha llegado en la actualidad la CCCol no son producto de la casualidad sino de un largo y continuo estudio, prueba de ello es su paulatino cambio de criterio que los ha llevado desde una posición etnocéntrica pura, a una cultural radical, y finalmente a una cultural moderada. En este momento histórico la Corte Constitucional tiene la oportunidad de demostrar su compromiso con el nuevo marco constitucional ecuatoriano que apunta a la construcción de una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad.

4. Límites a la jurisdicción indígena en Ecuador

Dentro del contexto de Estado constitucional de derechos y justicia, el Ecuador incorporó a su Norma Fundamental, además de un extenso catálogo de derechos, nuevas garantías jurisdiccionales para protegerlos. Entre estas innovaciones se incluyó la acción extraordinaria de protección como garantía jurisdiccional extraordinaria para proteger los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario⁸³. Con la misma lógica, si los jueces estatales son susceptibles de incurrir en actos u omisiones que vulneren derechos constitucionalmente reconocidos, de la misma forma, las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales podrían incurrir en actos u omisiones que desde sus costumbres o tradiciones vulneren estos derechos.

⁸³ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 004-09-SEP-CC, caso No. 0030-08-EP de 14 de mayo de 2009, publicada en el R.O. No. 602, 1 de junio de 2009.

Concurrentemente la Constitución reconoce el ejercicio de facultades jurisdiccionales a las autoridades de comunidades y pueblos indígenas, dentro de su ámbito territorial, siempre que sus normas y procedimientos, no sean contrarios a las Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales (artículo 171). En consecuencia es evidente que a pesar de que en Ecuador la Constitución de 2008 reconoce la jurisdicción indígena, no la considera como absoluta sino más bien sometida a ciertos límites.

4.1. Límites objetivos: territorio y competencia.

Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo consideran que la jurisdicción indígena es un derecho limitado y el primero de esos límites tiene que ver con el ámbito territorial.⁸⁴ Al referirse a la competencia territorial de los pueblos y nacionalidades indígenas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha interpretado que el fuero de carácter geográfico implica el juzgamiento de conductas que tengan ocurrencia dentro del territorio indígena,⁸⁵ lo que significa que solo pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su específico ámbito territorial. En Ecuador la actual Constitución ecuatoriana establece en el artículo 171 que la competencia jurisdiccional indígena debe ser ejercida *dentro de su ámbito territorial*, lo que implica un retroceso si lo comparamos con lo dispuesto en la anterior Constitución en el artículo 191 cuyo límite para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales indígenas eran *sus conflictos internos*. Si consideramos que el concepto de ámbito territorial no tiene descripción alguna en la Constitución ni en la

⁸⁴ Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo, "La Jurisdicción especial indígena," en *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p 161.

⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia ST-496/96.

legislación nacional, el problema que surge en torno al término se avizora bastante complejo, en razón de que es uno de los requisitos indispensables que se consagra en la Constitución para aplicar el Derecho indígena. Acerca de lo que debe considerarse ámbito territorial indígena ha surgido un intenso debate, entre los estudiosos de la materia. Para el profesor Agustín Grijalva, uno de los problemas de la exigencia de un territorio definido para ejercer jurisdicción indígena será evidente en la región interandina y no así en las comunidades amazónicas o costeras que suelen manejarse en ámbitos territoriales específicos; para las comunidades indígenas de la sierra la dificultad se presenta por la marcada convivencia entre indígenas y mestizos tanto en zonas rurales como en las ciudades.⁸⁶ Diego Zambrano Álvarez precisa que el concepto de territorio indígena debe extenderse a aquellos asentamientos urbanos en los que predomina la vida cultural de estos pueblos con independencia de su ubicación geográfica, de manera que las zonas urbanas en las que existe una gran concentración de población indígena también deberían ser considerados como territorio ancestral,⁸⁷ tal es el caso de los mercados en las ciudades por citar un ejemplo. Luis Fernando Ávila Linzán, considera que el concepto de territorio indígena no opera necesariamente sobre un espacio físico determinado, sino que para su delimitación se requiere la asistencia de estudios antropológicos para cada caso concreto, pudiendo variar este concepto entre cada comunidad, para la cosmovisión indígena

⁸⁶ Agustín Grijalva Jiménez, "El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008", en *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*, Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (edit.), Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 405.

⁸⁷ Diego Zambrano Álvarez, "Justicias ancestrales; analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes", en *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*, Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (edit.), Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 233.

territorio no es solamente la tierra, sino además el *componente espiritual y cosmogónico* que le otorga una dimensión que en algunos casos no puede ser materializada.⁸⁸ El Convenio 169 de la OIT precisa que el término *tierras* en los artículos 15 y 16 del Convenio, debe incluir el concepto de territorios, lo que comprende la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. En consecuencia, la determinación de lo que es ámbito territorial indígena presenta graves dificultades, no obstante la Corte Constitucional tiene entre sus facultades la interpretación de la Constitución, por lo que puede aclarar las dudas con profundas reflexiones acerca del tema mediante resoluciones en procesos interculturales. La función legislativa, también tiene la tarea de delimitar conceptos a través de la Ley de Coordinación y Cooperación entre la justicia estatal y la justicia indígena.

El siguiente límite tiene que ver con la forma cómo las autoridades indígenas deben ejercer las funciones jurisdiccionales que les son reconocidas, esto es, sobre la base de sus tradiciones ancestrales y derecho propio, conforme lo reconoce la vigente Constitución. Al respecto, hay que resaltar que esta característica conlleva la aplicación de formas distintas de jurisdicción en comparación con la jurisdicción estatal, en razón de las cosmovisiones diferentes que maneja cada cultura.

⁸⁸ Luis Fernando Ávila Linzán, "Los caminos de la Justicia Intercultural", en *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*, Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (edit.), Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 196.

4.2. Límites subjetivos: derechos humanos.

En cuanto a los límites subjetivos, Agustín Grijalva Jiménez señala que la Carta Política de 2008 disminuye las limitaciones a la jurisdicción indígena.⁸⁹ La anterior Constitución determinó como restricciones la *Constitución, los derechos humanos, la ley y el orden público*, en tanto, en la actualidad se han reducido a la *Constitución y los derechos humanos*. En general, estas restricciones también se han fijado en las normas fundamentales de otros países andinos que reconocen la jurisdicción indígena, tal es el caso de Colombia, Venezuela y Bolivia que disponen como uno de los límites a sus jurisdicciones especiales la *Constitución*, mientras que Perú lo hace con los *derechos fundamentales*. Esto en concordancia con lo dispuesto en el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes aprobado en 1989, que establece como límites a la jurisdicción indígena la compatibilidad con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 9); y, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en 2007, que establece como límite las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34). En cuanto a los límites materiales, la Constitución peruana publicada en 1993, se consagró como una de las menos restrictivas, en razón de que Perú reconoce funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, de acuerdo con el Derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales de las personas, a diferencia de los demás países andinos que en ese entonces,

⁸⁹ Agustín Grijalva Jiménez, "El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008...", p. 404.

establecían entre los límites a la jurisdicción indígena, el ordenamiento jurídico nacional. Incluso el reconocimiento de nuestra Constitución resulta ser mucho más limitante que el peruano, por cuanto este establece como salvedad los derechos fundamentales, mientras nosotros reconocemos como límites los derechos humanos y la propia Constitución.

Para algunos expertos en el tema, las limitaciones del sistema jurídico nacional y los derechos humanos, responden a una visión occidental de la realidad que concibe el análisis de los ordenamientos jurídicos ancestrales desde la óptica de la cultura mayoritaria.⁹⁰ Según esta tesis es inevitable el entrecruzamiento y pugna del principio de diversidad étnica y cultural y la concepción universal de dignidad humana que soporta la teoría de los Derechos Humanos, lo que convierte en desatinada la posibilidad de que las autoridades indígenas resuelvan los conflictos que se les presentan de acuerdo con principios y reglas que no son compatibles con su visión de justicia y dignidad.

Por otro lado, hay quienes reconocen que la justicia indígena no es absoluta, sino que requiere ciertos límites.⁹¹ Los argumentos que sustentan a los derechos humanos como restricciones a la jurisdicción indígena, son denominados etnocentristas o absolutistas,⁹² por reconocer supremacía absoluta a los derechos fundamentales constitucionales como *mínimos*

⁹⁰ Beatriz Eugenia Sánchez, *La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional...*, p. 332.

⁹¹ Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo, *La Jurisdicción especial indígena...*, p. 161.

⁹² Juan Montaña Pinto, "La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia", en *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*, Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (edit.), Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 263.

universales éticos, que permiten conciliar las diferencias culturales y lograr un entendimiento moderado entre las civilizaciones.

Ante la disyuntiva anterior, la solución de armonizar el encuentro entre las cosmovisiones de cada cultura y la cosmovisión de la sociedad mayoritaria, se avizora harto difícil. En el Ecuador, por disposición constitucional, las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, son las encargadas del desarrollo progresivo de los derechos constitucionales y del establecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal, a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas (artículo 11.8 y artículo 171). Sin embargo, después de más de tres años de expedida la Constitución regente, la Asamblea Nacional aún no ha discutido la “Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los sistemas de justicia indígena y justicia ordinaria”, a pesar de que con fecha 2 de febrero del 2010 la asambleísta Lourdes Tibán, presentó una propuesta de proyecto de ley⁹³ (Anexo 1); y, según información no publicada, la asambleísta María Paula Romo ha presentado una segunda propuesta (Anexo 2).

Para agravar el escenario, la justicia constitucional tampoco ha contribuido significativamente en el diálogo intercultural entre los sistemas de justicia, al punto de que el máximo órgano de control e interpretación constitucional, después de casi dos años, aún no ha emitido sentencia en el caso de control de constitucionalidad denominado “La Cocha 2”.

No obstante, para esclarecer la cuestión de los derechos humanos como límites a la justicia indígena, nos serviremos de la jurisprudencia constitucional

⁹³ En “<http://asambleanacional.gob.ec/tramite-de-las-leyes.html>”, revisada a octubre de 2011.

colombiana, que constituye el mejor ejemplo en la región. La Corte Constitucional de Colombia, ha determinado en varias de sus sentencias cuáles son los límites que deben ceñir a las decisiones jurisdiccionales indígenas, determinando que, son los derechos fundamentales.

Aunque la tendencia que actualmente mantiene la CCCol responde a la restricción de los límites a su mínima expresión en beneficio de la maximización de la autonomía de las autoridades indígenas,⁹⁴ se mantiene la protección de ciertos mínimos indiscutibles fijados en la sentencia T-349/96, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y de las torturas y una legalidad mínima, entendida funcionalmente como la existencia de reglas previas respecto a la autoridad competente, los procedimientos, las conductas y las sanciones, que permitan a los miembros de cada comunidad un mínimo de previsibilidad en cuanto a la actuación de sus autoridades. Las razones por las que la CCCol llegó a esta conclusión son: 1) El reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural; y 2) la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.

En sentencia posterior, signada con el número SU-510/98, la Corte Constitucional colombiana modificó moderadamente el criterio de restricción limitándolo únicamente a los núcleos esenciales de los derechos

⁹⁴ Beatriz Eugenia Sánchez, "El reto del multiculturalismo jurídico, la justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena", *en el caleidoscopio de las justicia en Colombia, Análisis socio-jurídico*, Tomo II, Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (edit.), Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 78.

constitucionales fundamentales, es decir, el mínimo de los mínimos, sin embargo a criterio de la CCCol, la lista de estos derechos no puede determinarse, sino que deben ser dilucidados en cada caso concreto.

CAPITULO III

CASO "LA COCHA 2" Y PARÁMETROS QUE DEBE OBSERVAR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SUSTANCIACIÓN DE UNA ACCIÓN DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECISIONES JURISDICCIONALES INDÍGENAS

Con el fin de llevar a la práctica los conceptos y reflexiones que constan en los capítulos que anteceden, en éste último capítulo me propongo analizar un caso actual de control de constitucionalidad de decisiones jurisdiccionales indígenas, que se sustancia en la Corte Constitucional de Ecuador, conocido como La Cocha 2. Su mención en este trabajo es de capital importancia, considerando que la sociedad ecuatoriana se encuentra a la expectativa de la emisión de la primera sentencia de este tipo, por parte del máximo organismo de interpretación y control constitucional. El caso La Cocha 2, gira en torno a la competencia material de la jurisdicción indígena y la supuesta violación de derechos humanos por parte de las autoridades de la comunidad, cuestiones estas de intenso debate entre los expertos en la materia. Con un poco más de tres años de expedida nuestra nueva Constitución, aún no se ha resuelto en el país ningún caso de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas, por lo que la resolución en el caso La Cocha 2, será el primer precedente jurisprudencial constitucional, cuya no puede ser otra que aclarar las dudas que se han planteado desde el inicial reconocimiento de la jurisdicción indígena en Ecuador.

1. Caso de Control Constitucional de decisión jurisdiccional indígena

1.1. Generalidades

La Cocha es una de las 11 comunidades⁹⁵ pertenecientes a la parroquia rural Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, República del Ecuador. Está situada al noroeste de la parroquia Zumbahua, tiene aproximadamente 50 caseríos y 8.000 pobladores.⁹⁶ Su clima es generalmente frío y ventoso durante casi todo el año, su clasificación bioclimática es supratropical inferior seca, es decir con predominancia de temperaturas medias a bajas, 13 grados o menos. Sus habitantes se reconocen como parte del pueblo indígena Panzaleo de la nacionalidad Quechua de la Sierra.

La comunidad de La Cocha agrupa a 13 sectores⁹⁷ que en conjunto forman la Unión de Organizaciones y Comunidades Indígenas de La Cocha (UNOCIC), organización de segundo grado, filial del Movimiento Indígena de Cotopaxi (MIC).

Según establece el Reglamento Interno de la comunidad (Anexo 3), La Cocha está regida por dos organismos: el Cabildo y la Asamblea General (artículo 4). La Asamblea General es la máxima autoridad de la comunidad y entre sus facultades está la elección del Cabildo (artículo 5 y 8). Por otro lado, el Cabildo es la segunda autoridad de la comunidad y está compuesto por: un presidente, un vicepresidente, un tesorero, un síndico, un secretario y dos vocales (artículos 9 y 10).

⁹⁵ Chamo; Guantopolo; Saraucsha; Rumichaca; La Cocha; Michacalá; Talatag; Yanaturo; Tigua-Chimbacucho; Turulata; y, Yanashpa.

⁹⁶ "La otra cara de La Cocha", diario La Hora, domingo 22 de agosto de 2010, publicado en: <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101006519>.

⁹⁷ La Cocha Centro (matriz); Pasobullo; Cocha Vaquería; Cosaca; Cocha Uma; Iracunda; Cusuato; Quilapango; Caucho; Chicho; Unacuta; Ponce Quilotoa; Macapungo; y, Atalo

La comunidad de La Cocha ha captado la atención de los medios de comunicación y la sociedad ecuatoriana, por el juzgamiento de casos de homicidio suscitados dentro su territorio. Dos casos han generado especial interés, en el momento de sus juzgamientos, en razón del encuentro entre los sistemas jurisdiccionales indígena y estatal, estos son los denominados casos La Cocha 1 y La Cocha 2.

1.2. Antecedentes caso "La Cocha 1"

El primero de ellos, al cual denominaremos "La Cocha 1",⁹⁸ acaeció en Quilapungo, sector de La Cocha, el 21 de abril del 2002. Después de una fiesta de bautizo, tres comuneros de Guantopolo en estado de embriaguez discutieron con otro miembro de la comunidad, propiciándole varios golpes que le causaron la muerte dos días después del ataque. Ante este asunto de extrema gravedad y por pedido de los familiares de los infractores, las autoridades de la Cocha convocaron a una asamblea general para juzgar la tristeza o *llaki*, termino quichua para nombrar a la infracción.

La asamblea general resolvió tres tipos de sanciones para los involucrados: 1) El pago de USD 6,000 como compensación a la viuda embarazada y sus cuatro hijos menores; 2) un castigo físico ritual, también denominado *timurina*, que consistió en pedir disculpas a la comunidad mostrando los objetos que causaron la muerte del comunero -una roca, un tubo y un destornillador-, caminar descalzos llevando piedras en sus espaldas, recibir latigazos aplicados por las autoridades de los 13 cabildos vecinos, purificación con un baño medicinal que incluyó ortiga y agua helada, expulsión

⁹⁸ Marc Simon Thomas, *Legal pluralism and interlegality in Ecuador...*, p. 51 – 72.

de la comunidad durante dos años; y, 3) un acuerdo económico entre los malhechores y la familia del difunto a fin de prodigarles asistencia.

No obstante el juzgamiento de la infracción por parte de las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha en uso de sus legítimas facultades constitucionales, la justicia estatal consideró que un caso de esa gravedad solo podía ser juzgado por el Estado. Por esta razón, el Fiscal del Distrito de Cotopaxi, al conocer del suceso por los medios de comunicación dio inicio a una nueva investigación e inició instrucción fiscal por la cual se ordenó la prisión preventiva de los 3 implicados. En etapa de juicio, el proceso penal fue sustanciado por el juez penal de Cotopaxi, Carlos Poveda Moreno, quien reconoció el valor constitucional de la justicia indígena y por tanto la imposibilidad de juzgar por segunda ocasión el acto por parte de la justicia estatal. Sin embargo, no contento con el fallo de primera instancia, el Fiscal apeló la decisión y mediante una nueva resolución el juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi José Luis Segovia Dueñas, determinó que las autoridades indígenas de la Cocha no tenían competencia para juzgar un delito de tal gravedad y declaró culpables a los 3 involucrados en un juicio penal que negó la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas para emitir sentencias en la resolución de sus conflictos desconociendo lo que establecía el artículo 191 de la Constitución de 1998. Con esta actuación el juez José Luis Segovia Dueñas, vulneró el principio constitucional que prohíbe el doble juzgamiento por un mismo acto, también conocido como “*non bis in ídem*”, que estaba consagrado en el artículo 24 número 16 de la Norma Fundamental regente en ese entonces.

1.3. Antecedentes caso “La Cocha 2”

El segundo caso, objeto de estudio en el presente trabajo, será denominado simplemente como "La Cocha 2". De la revisión del proceso No. 0731-10-EP que se sustancia en la Corte Constitucional, en el que constan la demanda presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo (Anexo 4), y las actas de solución de conflicto de la asamblea general de La Cocha de fechas 16 y 23 de mayo del 2010 (Anexos 5 y 6), se desprenden los siguientes antecedentes fácticos y legales: El día domingo 9 de mayo de 2010, durante una fiesta de matrimonio, entre las 7 y 8 de la noche aproximadamente, muere de asfixia por estrangulamiento el señor Marco Antonio Olivo Pallo, en el parque central de la parroquia Zumbahua frente a la iglesia. Marco Antonio Olivo fue atado del cuello con su propio cinturón y colgado en una de las verjas del parque, lugar en el que su primo Klever Cununay lo encontró muerto y posteriormente lo trasladó al Hospital Claudio Benatti, centro médico en el que se confirmó su deceso. Al día siguiente, lunes 10 de mayo de 2010, en horas de la tarde, las autoridades indígenas de La Cocha fueron informadas del caso por parte de los familiares del fallecido, quienes señalaron como sospechosos a *los rockeros de Guantopolo*, un grupo de jóvenes oriundos de esa comunidad. A fin de continuar con las investigaciones y solucionar la *desgracia*, los familiares del extinto Marco Antonio Olivo, los parientes de los presunto victimarios y las autoridades de Guantopolo, solicitaron a las autoridades de la comunidad de La Cocha su intervención en el asunto en calidad de jueces, por lo que amparados en el artículo 171 de la Constitución y artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, las autoridades de La Cocha y los dirigentes de la organización UNOCIC decidieron aceptar la jurisdicción y declararse

competentes para conocer el caso. De las investigaciones realizadas, en las que participaron los involucrados, sus familiares, dirigentes, entre otros comuneros, se encontró culpables del hecho a los señores Flavio Hernán e Iván Candelejo Quishpe; Wilson Ramiro y Cléber Fernando Chaluisa Umajinga, en calidad de cómplices y, Manuel Orlando Quishpe Ante, en calidad de autor material.

La asamblea general de las comunas y comunidades de La Cocha-Zumbahua y la UNOCIC, reunidas el 16 de mayo del 2010 a las 13h00, después de escuchar a los involucrados, a los familiares de estos, y a las autoridades presentes, decidieron las siguientes sanciones para los cómplices del acto: 1) Una indemnización de cinco mil dólares a favor de la familia del fallecido, quienes decidieron entregar dicha cantidad a la UNOCIC para la compra de equipos y materiales en beneficio de la comunidad; 2) prohibición de ingreso a fiestas sociales y culturales de la parroquia Zumbahua por el lapso de 2 años; 3) expulsión de los implicados, de la comunidad y la parroquia Zumbahua, por dos años y rehabilitación por parte de familiares; 4) Baño de agua y ortiga por treinta minutos; 5) cargar un quintal de tierra desnudos y vuelta a la plaza central; y 6) latigazos por cada uno de los dirigentes de las comunidades.

En asamblea general reinstalada el 23 de mayo del 2010 a las 10h00, se fijan las sanciones para el involucrado directo, Orlando Quishpe, conforme se había decidido en la Asamblea anterior. A fin de legitimar el juzgamiento, se permiten el ingreso de medios de comunicación, ante ellos y ante 4.000 comuneros aproximadamente, las autoridades indígenas resuelven las

siguientes sanciones para el autor del hecho: 1) Vuelta a la plaza pública cargando un quintal de tierra desnudo; 2) pedido de perdón a los familiares del fallecido y a la asamblea general; 3) baño de agua y ortiga por cuarenta minutos; 3) consejos por parte de los dirigentes indígenas; 4) trabajo comunitario por cinco años, con seguimiento y evaluación; y 5) indemnización a la madre del difunto con mil setecientos cincuenta dólares.

Después de la resolución de la asamblea general y la aplicación de sanciones a los responsables del acto que quebrantó la armonía de la comunidad, el caso se dio por juzgado de acuerdo con las normas y procedimientos ancestrales. No obstante, el Fiscal General de la Nación de ese entonces, Dr. Washington Pesantes, consideró que las autoridades indígenas no eran competentes para resolver casos de ese tipo y ordenó el inicio de dos investigaciones, una para determinar la existencia del delito de asesinato y los responsables y, otra para establecer la responsabilidad de las autoridades en los presuntos delitos de plagio y torturas a los involucrados en la muerte.

Con estos antecedentes fácticos, el día 28 de mayo de 2010 a las 05h30, el Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi, considerando que hay mérito para imputar culpabilidad por delito contra la vida, dictó auto de inicio de Instrucción Fiscal y ordenó prisión preventiva (Anexo 7) en contra de los cinco involucrados en el caso La Cocha, quienes se entregaron voluntariamente, ante la justicia estatal. Una vez apresados sus declaraciones sirvieron de fundamento para que se dicte en su contra, auto de llamamiento a juicio por el delito de asesinato (Anexo 8) y, auto de inicio de instrucción fiscal y orden de prisión preventiva en contra de las autoridades indígenas de La Cocha por el

presunto delito de plagio, aduciendo que los infractores estuvieron detenidos en una comunidad y para su liberación se solicitó el pago de una suma de dinero.

La prisión preventiva de los dirigentes Jaime Rodrigo Cuchiparte Toaquiza, Blanca Yolanda Mejía Umajinga y José Ricardo Chaluisa Cuchiparte, se hizo efectiva, el 4 de junio del 2010 (Anexos 9 y 10), razón por la cual en la misma fecha, los abogados defensores de las autoridades indígenas Carlos Poveda Moreno y Raúl Illaquiche Licta, presentaron una acción de amparo de libertad ante el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi. En el acta de audiencia de amparo de libertad (Anexo 11), de fecha 4 de junio del 2010, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, ordenó la libertad de las tres autoridades indígenas, al encontrar una marcada contradicción en la exposición del Juez Tercero de lo Penal de Cotopaxi, quien se declaró competente para ordenar la medida cautelar de prisión preventiva en contra de las autoridades indígenas y al mismo tiempo se declaró incompetente al encontrarse en duda del proceso y en consecuencia suspender el procedimiento elevando en consulta a la Corte Constitucional de acuerdo con lo que establece el artículo 428 de la Constitución, a fin de que este organismo solucione la contradicción entre el artículo 171 de la Norma Fundamental que reconoce funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas, y el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal que faculta al fiscal para resolver el inicio de la instrucción fiscal en cuanto considere que existen fundamentos suficientes para imputar a una persona participación en un hecho delictivo.

Respecto al caso La Cocha 2, se han presentado varias acciones ante la Corte Constitucional, que esperan resolución; éstas son:

1. Consulta de constitucionalidad de los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, presentada por el Juez Tercero de lo Penal de Cotopaxi. (Causa 0036-10-CN).
2. Acción extraordinaria de protección en contra de la decisión jurisdiccional indígena, presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo hermano del difunto, el día 8 de junio del 2010 a las 12h25, a fin de que la Corte Constitucional revise las decisiones ancestrales del 16 y 23 de mayo del 2010, y se pronuncie acerca de la competencia de las autoridades indígenas para solucionar la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo. (Causa 0731-2010-EP)
3. Comparecencia de los cinco acusados, Flavio Hernán e Iván Candelejo Quishpe; Wilson Ramiro y Cléber Fernando Chaluisa Umajinga, y, Manuel Orlando Quishpe Ante, el día 16 de junio del 2010 a las 15h50, a la causa 0731-2010-EP, alegando que las decisiones de las autoridades indígenas del 16 y 23 de mayo de 2010, no deben entenderse como expresión de justicia sino como un simple linchamiento del populacho.
4. Consulta de interpretación del artículo 171 de la Constitución, presentada el 5 de agosto del 2010, por el Presidente de la República, economista Rafael Correa Delgado, a fin de determinar: el alcance de la jurisdicción indígena en Ecuador; su competencia

personal, material y territorial; los límites geográficos de sus territorios; los conflictos que suceden en sus ámbitos territoriales con sujetos externos a las comunidades; y, el límite de las penas ancestrales. (Causa 0007-10-IP).

De las acciones presentadas ante la Corte Constitucional en torno al caso La Cocha II, el presente trabajo de investigación solo se centrará en la causa signada con el número 0731-2010-EP, que corresponde a una acción de control constitucional de decisiones de justicia indígena.

3. Causa 0731-2010-EP: acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de la justicia indígena

A partir de los antecedentes fácticos y legales detallados en párrafos anteriores, el día 8 de junio del 2010 y el 20 de julio del 2010, el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del difunto Marco Antonio Olivo Pallo, a través de sus abogados patrocinadores doctores Carlos Poveda Moreno –de origen mestizo- y Raúl Illaquiche Licta –de origen indígena-, presenta una acción extraordinaria de protección y aclaración a esta, de conformidad al trámite de control constitucional de decisiones judiciales indígenas que determina el artículo 171 de la Constitución. En esta acción Víctor Manuel Olivo Pallo, mencionando las decisiones jurisdiccionales indígenas de fecha 16 y 23 de mayo del 2010, solicita que la Corte Constitucional ejerza control de constitucionalidad y revise la resolución de las autoridades indígenas de La Cocha, pronunciándose acerca de 9 puntos: 1) Si las autoridades indígenas podían o no solucionar la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo; 2) si la resolución de las autoridades indígenas se apega o no al mandato del artículo

171 de la Constitución y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial; 3) si las sanciones impuestas a los 5 involucrados constituyen o no violación a los derechos humanos; 4) si las autoridades indígenas cometieron el delito de plagio; 5) si los miembros de las comunidades indígenas deben someterse a la jurisdicción indígena o su jurisdicción es voluntad de las partes; 6) si una vez conocido el caso por las autoridades indígenas, debía o no ser interferida por la justicia estatal; 7) si es procedente o no que los 5 involucrados que ya fueron juzgados por la justicia indígena estén encarcelados y sometidos a un doble juzgamiento; 8) cuáles son los mínimos jurídicos para la aplicación de la jurisdicción indígena; y, 9) si las autoridades de la Corte Nacional pueden interpretar y limitar el derecho a la jurisdicción indígena. Además como medidas cautelares se solicitó la suspensión de los procesos judiciales estatales iniciados; la inmediata libertad de los 5 jóvenes; y la revocación del acto administrativo que suspendió al presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, por haber otorgado el amparo de libertad a las autoridades indígenas.

Posteriormente dentro del mismo proceso 0731-2010-EP, con fecha 16 de junio del 2010, comparecen los 5 infractores patrocinados por 3 defensores públicos –todos de origen mestizo-, presentando una impugnación (Anexo 12) a la acción extraordinaria de protección presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo, tachándola de *ilegal, absurda e infundada*. Los argumentos principales de los involucrados en contra de las resoluciones indígenas fueron: la vulneración de su integridad física y sexual, mediante torturas y la exigencia de someterse a desnudos públicos; y la violación del debido proceso, por no haber sido el procedimiento de juzgamiento público sino en una audiencia a puerta

cerrada, y no contar con un abogado defensor. Este último argumento evidentemente responde a la lógica occidental o eurocéntrica que requiere el patrocinio de un defensor durante la litis, sin duda sugerido y utilizado por los juristas *-de origen mestizo-* que patrocinaron a los infractores en la impugnación que presentaron. Por su lado, la cosmovisión indígena cumple con el derecho a la defensa permitiendo que el mismo acusado refute o ratifique el testimonio de quien lo acusa, a fin de que sea el propio involucrado y no un tercero quien explique a la autoridad jurisdiccional indígena su verdad de los hechos.

Con fecha 12 de agosto del 2010, la Corte Constitucional para el período de transición, avoca conocimiento de la causa 0731-2010-EP (Anexo 13) y admite a trámite la acción presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo, pero no la impugnación de los 5 infractores quienes no dieron cumplimiento al requerimiento de aclaración que les hiciera la Corte Constitucional, acerca de cuál es la decisión específica con la que están en desacuerdo. El 30 de septiembre del 2010, el Dr. Manuel Viteri Olvera avoca conocimiento de la causa 0731-2010-EP como juez sustanciador (Anexo 14), y solicita a las autoridades indígenas de La Cocha, a los jueces de la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia; al Fiscal Provincial de Cotopaxi, al Presidente de la Corte Provincial de Cotopaxi, al juez primero de Garantías Penales de Cotopaxi; y demás autoridades que hayan intervenido, que en el término de 10 días informen documentadamente sobre los hechos ocurridos en La Cocha.

Por otro lado, el 8 de octubre del 2010, comparecen nuevamente los 5 infractores, esta vez con un abogado defensor distinto de los anteriores – de

origen mestizo-, con el fin de dejar sin efecto la oposición presentada a la acción extraordinaria de protección de Víctor Manuel Olivo Pallo y, más bien adherirse a la mencionada acción (Anexo 15), aduciendo que fueron erradamente asesorados por sus anteriores defensores.

Con las contestaciones al requerimiento de información por parte de las autoridades indígenas y estatales que intervinieron en el caso La Cocha 2 y, habiéndose celebrado la audiencia el 14 de octubre del 2010 a las 10h00, previo a emitir el fallo en la causa, la Corte Constitucional solicitó la asistencia de la señora Esther Sánchez Botero, perita en antropología jurídica, a fin de que presente un análisis cultural en el campo de la antropología jurídica, para esclarecer asuntos que por su singularidad no son sencillos de comprender por parte de los jueces. El peritaje en antropología jurídica fue presentado el 24 de enero del 2011 (Anexo 16), y para su realización la autora estudió los documentos que constan en el proceso 0731-10-EP; revisó bibliografía relacionada con las actuaciones jurisdiccionales de las comunidades involucradas y datos etnográficos específicos; analizó la normativa nacional e internacional a la luz del caso planteado; entrevistó a diversas personas relacionadas con la cultura indígena y la cultura occidental; y examinó escritos periodísticos sobre el caso en medios de circulación nacional. El peritaje empieza por responder las preguntas que formuló en su demanda, el accionante Víctor Manuel Olivo Pallo, y que constan a folios 43 a 55 del expediente, de entre ellas me permito escoger por interesantes las siguientes preguntas y respuestas:

A la pregunta: “*Si las autoridades indígenas al momento de ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso concreto, podían o no solucionar el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, ocurrida en territorio indígena de la Parroquia de Zumbahua*”, la perito menciona que las comunidades indígenas tienen derecho a mantener sus propias formas de organización social, política y jurídica y, por tanto tienen derecho a regirse de acuerdo con sus propias normas y aplicarlas. En el caso de La Cocha, las autoridades tomaron la decisión jurisdiccional fundamentada en el Convenio 169 de la OIT (artículos 8, 9, 10, 11, 12) y en la Constitución del Ecuador de 2008 (artículo 171), normativas que determinan la existencia de autoridades indígenas, y la facultad de las autoridades para ejercer funciones jurisdiccionales. Según refiere Esther Sánchez, en el mundo indígena las autoridades con competencia jurisdiccional *son personas socialmente reconocidas y nombradas para prestar servicios a la colectividad*. Sus funciones, además de la resolución de conflictos, abarcan prestación de servicios a la comunidad, organización de fiestas ceremoniales, etc. En la comunidad La Cocha, de acuerdo con la entrevista realizada al señor Ricardo Chaluisa -autoridad indígena que participó en la decisión- los dirigentes de la comunidad son elegidos por la asamblea general.⁹⁹ Una vez nombrados, los dirigentes tienen la responsabilidad de resolver los conflictos que se presenten con la ayuda de diversas personas que gozan de la confianza de la comunidad como los padrinos o las autoridades de otras comunidades, proceso que se denomina *autoridades en cadena*.¹⁰⁰ En el caso La Cocha los familiares de la víctima, activaron el proceso de autoridades

⁹⁹ Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, presentado a la Corte Constitucional de Ecuador en el caso 073-10-EP “La Cocha”, Enero 24 del 2011, p 20.

¹⁰⁰ Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica...*, p 24.

en cadena al solicitar a las autoridades de La Cocha que resuelvan el conflicto, en razón de que Zumbahua no tiene el órgano y las autoridades para ejercer justicia. Por otro lado, las autoridades de la comunidad La Cocha, aceptaron ejercer la jurisdicción del caso, en razón del pedido que les hicieran los familiares del fallecido y las autoridades de Guantopolo, lugar de donde son oriundos los victimarios, debido a que La Cocha tiene más experiencia en resolución de casos graves. En consecuencia, las autoridades indígenas de La Cocha están facultadas para ejercer funciones jurisdiccionales y fueron autorizadas por los familiares de las víctimas y victimarios y las autoridades de la jurisdicción de los infractores para resolver la muerte de Marco Antonio Olivo.

A la pregunta *“Si la Resolución de las Autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi, se apega o no al mandato Constitucional del Art. 171 y al Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial”*, Esther Sánchez responde que la atribución de administrar justicia por parte de las autoridades indígenas, responde a un derecho de los pueblos indígenas relacionado directamente con su derecho a la autodeterminación. Para la antropóloga colombiana el reconocimiento constitucional de esta facultad tiene como consecuencia que cuando el derecho es ejercido las resoluciones gozan del mismo valor jurídico que las sentencias emitidas por autoridades jurisdiccionales estatales. Al ser las resoluciones indígenas equiparables a las judiciales estatales, también están comprendidas por los mismos poderes de sus símiles, esto es, *notio*, *iudicium*, e *imperium*. En el caso de los pueblos indígenas la *notio* responde a un factor territorial, en razón de que las autoridades solo pueden conocer conflictos que surjan en el ámbito territorial de la comunidad; y a un factor personal, en cuanto

a que por lo menos uno de los involucrados en el conflicto debe ser indígena. La *iudicium* está delimitada por la Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, y el *imperium* esta delimitado por límites fácticos. En consecuencia, siendo que en el caso La Cocha 2, las autoridades indígenas que juzgaron el conflicto, ejercieron los poderes *notio*, *iudicium*, e *imperium*, la resolución jurisdiccional de las autoridades indígenas, sí se apegó a lo establecido en la normativa constitucional y legal nacional, en razón de haber ejercido funciones jurisdiccionales de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y derecho propio, en la resolución de un conflicto ocurrido dentro de su ámbito territorial.

A la pregunta “*Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales y si estas son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido*”, al respecto, Esther Sánchez contesta que el concepto de sanción para el mundo indígena implica la imposición de mecanismos energéticos para restablecer las condiciones de existencia individual y social, debido a que el sujeto transgresor está *enfermo*. Para promover la curación del *enfermo*, las autoridades utilizan dos medidas: 1) afectar el cuerpo del individuo, mediante sanciones como baño de agua fría o tocar el cuerpo con ortiga; y, 2) acciones de control social en las que la comunidad supervisa la sanación. En consecuencia, a pesar de que estos actos pueden causar dolor, este solo es provocado para lograr la sanación del sujeto enfermo o transgresor, por tanto las sanciones aplicadas por la justicia indígena no violan derechos humanos, salvo que se examine a estas sanciones desde los conceptos del Derecho positivo. En cuanto a la consideración de barbarie y

primitivismo, Esther Sánchez señala que se suele confundir los linchamientos con la justicia indígena, así algunas autoridades estatales, aprovechan la confusión que crean los medios de comunicación para deslegitimar la jurisdicción indígena con equivocados calificativos como bárbara, salvaje, etc. Como en efecto ocurrió con el caso La Cocha 2, cuya cobertura mediática fue extremadamente negativa.

A la pregunta *“Si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena, y en apego al debido proceso, cometieron el delito de secuestro o plagio”*, Esther Sánchez cita el artículo 188 del Código Penal ecuatoriano que identifica como delito de plagio:

“Artículo 188.- El delito de plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otro, o para obligarla a pagar rescate, o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados, tendientes a la liberación del secuestrado.”

En el caso La Cocha no puede hablarse de la comisión del delito de secuestro o plagio por parte de las autoridades indígenas, debido a que la actuación de las autoridades de la comunidad no encaja con el tipo penal de plagio. En las comunidades indígenas cuando una persona ha cometido un acto que quebranta la armonía de la comunidad y se lo ha encontrado responsable después de un proceso de juzgamiento, previo a aplicársele la sanción se suele aislar al individuo en un lugar que solo es conocido por las autoridades a fin de evitar que se cometan represalias en contra del sujeto si el conflicto es demasiado grave. En el caso La Cocha 2 no existió un delito de

plagio, debido a que las autoridades indígenas aislaron al responsable en *reclusión reservada* para salvaguardar su integridad, con conocimiento y aprobación de sus familiares,¹⁰¹ Por tanto el inicio de acciones legales en contra de las autoridades indígenas por un supuesto delito de secuestro o plagio, no era procedente.

A la pregunta *“Una vez que el caso estaba en conocimiento de la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, debía o no ser interferida por las autoridades de la justicia ordinaria”*, precisa la perito que sólo era posible la intervención de la justicia estatal en la aplicación de la justicia indígena, si la sanción ponía en el peligro el derecho a la vida, sin embargo, siendo que las sanciones no implicaron muerte de los transgresores tal intervención no debió darse.

En consecuencia, del peritaje en antropología jurídica en el caso La Cocha, se concluye: 1) Que las autoridades indígenas de La Cocha, tenían facultad constitucional para resolver el conflicto que se suscitó a través de una decisión con carácter jurisdiccional; 2) la competencia territorial recayó en las autoridades indígenas de La Cocha, debido al acuerdo al que llegaron los familiares de la víctima y los victimarios, junto a las autoridades de Guantopolo, para solicitar a las autoridades de La Cocha la resolución del conflicto, debido a su experiencia; 3) las sanciones aplicadas a los infractores no violentaron derechos constitucionales ni derechos humanos, en razón de ser prácticas culturales para lograr la sanación de los sujetos transgresores, por considerarlos enfermos; y, 4) las autoridades indígenas de La Cocha no

¹⁰¹ Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica...*, p 41.

debieron ser acusadas del delito de secuestro y plagio, ya que los familiares de los victimarios sabían que se encontraban bajo resguardo de las autoridades para evitar represalias.

2. Parámetros que debe considerar la Corte Constitucional ecuatoriana en la sustanciación de la acción de control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas.

En el escenario ecuatoriano, los únicos límites materiales que fija la regente Constitución de la República, a las decisiones jurisdiccionales indígenas, son dos: la propia Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, esto en concordancia con el Convenio No. 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, que establecen como límites el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Debido a que la Asamblea Nacional y la Corte Constitucional no han determinado o interpretado, a través de ningún acto normativo o judicial, cuál es el alcance y significación de la disposición constitucional que establece límites a la jurisdicción indígena, la pregunta que surge es ¿debería considerarse que todos los derechos constitucionales y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, sin excepción, limitan la justicia indígena? Como casi todas las mejores respuestas, entiendo que a esta pregunta no le merece un sí o un no categórico, sino una contestación compleja. Quizá podría tomarse como referencia lo que la propia Constitución establece en el capítulo cuarto que trata de los derechos colectivos, en cuanto a que el derecho consuetudinario está limitado primordialmente por los derechos

constitucionales de mujeres, niñas, niños y adolescentes (artículo 57.10) o podría considerarse como modulación a estos límites, el gran número de reglas y principios que para sustanciar procesos interculturales fija el Código Orgánico de la Función Judicial (artículo 344), la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (artículo 66), y, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado el 10 de febrero del 2010 en el Registro Oficial No. 127 (artículo 44).

De cualquier modo la tarea de aclarar este confuso panorama le corresponde principalmente a la Corte Constitucional ecuatoriana –de ahora en adelante CCE- que a falta de ley y de precedente jurisprudencial debe empezar delineando algunos parámetros para sustanciar un caso de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas, a fin de armonizar la cosmovisión de la cultura indígena con la que caracteriza a la sociedad mayoritaria.

Sin que sean las únicas consideraciones que debe observar la Corte Constitucional al momento de resolver una acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas, tomando como referencia los principios y reglas para sustanciar procesos interculturales que constan en la normativa nacional y la jurisprudencia comparada en Colombia, sugiero por importantes y significativos, los siguientes parámetros :

1) Pluralismo jurídico. Es el primero aspecto que debe considerar la CCE como antecedente constitucional para sustanciar un proceso de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas. La autodefinición en

nuestra Constitución del Ecuador como Estado plurinacional (artículo 1) lleva implícito la existencia de un pluralismo jurídico en la nación que reconoce: 1) Formas de resolución de conflictos indígenas como órdenes jurídicos de igual jerarquía que la justicia estatal, y 2) facultades jurisdiccionales a las autoridades indígenas dentro de su ámbito territorial y de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y Derecho propio (artículo 171).

Siguiendo la misma lógica, si Ecuador como Estado plurinacional reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos de los pueblos y nacionalidades indígenas, en el caso La Cocha 2, la Corte Constitucional debe considerar este particular que en su decisión debe actuar como límite. La comunidad de La Cocha, parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, Provincia de Cotopaxi, según su Reglamento y la autodefinición de su población, es una comunidad perteneciente al pueblo indígena Panzaleo de la nacionalidad Kichwa de la Sierra, que mantiene sus propias formas de resolución de conflictos y sus autoridades emiten decisiones en procesos de juzgamiento, por tanto, siendo que las resoluciones del 16 y 23 de mayo del 2011 fueron emitidas por la asamblea general de La Cocha, máxima autoridad indígena del sector, en un proceso de juzgamiento, de acuerdo a sus tradiciones, deben ser consideradas como legítimas y de igual jerarquía que una decisión jurisdiccional emitida por una autoridad estatal.

No obstante los argumentos que preceden, creo necesario resaltar importantes criterios en contra del concepto de pluralismo jurídico. Para Enrique Ayala Mora, no existen dos sistemas jurídicos paralelos en el país, sino más bien, un solo sistema para todos los ecuatorianos. Sin embargo, Ayala

Mora considera así reconocido como está la justicia indígena solo debe regular asuntos internos y ningún problema capital como un crimen.¹⁰²

A criterio de Enrique Ayala Mora, la democracia de un país y la igualdad de sus ciudadanos depende de la unidad del sistema jurídico, que puede no ser uniforme debido a las variadas e innegables prácticas jurídicas de cada cultura pero que reconociendo la diversidad no por eso debe dejar de ser único. Una de las principales consecuencias que acarrea el fraccionamiento del sistema jurídico, es la vulneración al derecho a la igualdad. El Convenio # 169 de la OIT, señala en el artículo 8 número 2, que los pueblos indígenas tienen el “derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.” Con lo cual se ratifica el argumento de la existencia de un sistema jurídico único pero no uniforme.¹⁰³

Will Kymlicka menciona que los críticos de la pluralidad jurídica argumentan que la justicia necesita instituciones estatales imparciales para ser “ciega al color racial”, por tanto el establecimiento de derechos específicos o sistemas jurídicos especiales a grupos étnico-culturales, generaría una odiosa discriminación y la creación de ciudadanos de primera y segunda clase.¹⁰⁴

Vanessa Saltos, precisa que el reconocimiento de pluralismo jurídico en el país, abre una suerte de paradoja, por un lado, los pueblos indígenas reclaman

¹⁰² Entrevista al Dr. Enrique Ayala Mora, publicada en la revista Vistazo, el 10 de junio de 2010, en <http://www.vistazo.com/ea/pais/?empresa=1027&id=3361>.

¹⁰³ Enrique Ayala Mora, “El Derecho Ecuatoriano y el Aporte Indígena”, en Aportes para un debate, comp. Judith Salgado, Quito, Ediciones Abya Yala, 2002, p. 106 – 108.

¹⁰⁴ Will Kymlicka, La política vernácula, nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2003, p. 48.

el derecho a la igualdad ante la ley, y al mismo tiempo demandan un tratamiento diferente. Sumado a ello, la inclusión del derecho indígena en la Constitución requiere su forzoso sometimiento al derecho nacional, reduciendo su independencia al limitar su ejercicio sólo a conflictos internos.¹⁰⁵

2) Interpretación intercultural. Luego de reconocer el pluralismo jurídico existente en el País y por tanto, funciones jurisdiccionales a autoridades indígenas, es necesario que la CCE analice las resoluciones emitidas en ejercicio de esas funciones a través del lente apropiado que equivale al principio de interpretación intercultural. En un Estado plurinacional es inevitable la pugna entre sistemas de valores y en consecuencia entre sistemas normativos y judiciales, siendo tarea primordial del Estado lograr la coordinación y cooperación entre estos sistemas, mediante una adecuada conciliación de las justicias indígenas y la justicia estatal. A fin de alcanzar la compleja conciliación que se propone, debe considerarse en primer lugar como uno de los obstáculos para su consecución, la procedencia cultural de la autoridad encargada de resolver. La Corte Constitucional ecuatoriana está formada por jueces que responden a una sola cosmovisión cultural, denominada occidental o eurocéntrica, cuyo sistema de valores, aunque algunas veces suele coincidir con el sistema de valores de las cosmovisión indígena, en otras ocasiones suele entrar en indiscutible contradicción. Con el propósito de que Corte Constitucional emita una decisión lo más imparcial posible, debe garantizarse el involucramiento del principio de *Interpretación*

¹⁰⁵ Vanessa Saltos Cisneros, "Derecho indígena: ¿Reconocimiento del "otro" derecho?", en *Iuris Dictio*, Año III No. 6, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, agosto 2002, p. 26.

intercultural, mediante una reflexiva lectura integral e intercultural del catálogo de derechos humanos.

Lo anterior significa que en un proceso en que intervengan personas o colectividades indígenas deberán interpretarse interculturalmente los derechos controvertidos en litigio, considerando los elementos culturales relacionados con costumbres y prácticas ancestrales de los pueblos indígenas en coordinación con derechos constitucionales y derechos humanos establecidos en instrumentos internacionales. Para cumplir con el principio de interpretación intercultural es necesario que la autoridad que debe decidir un proceso intercultural, solicite la asistencia de expertos como: traductores, antropólogos jurídicos o especialistas en derecho indígena, evitando así, que la autoridad caiga en una interpretación etnocéntrica y monocultural. En el caso 0731-10-EP, la Corte Constitucional hizo bien en solicitar la asistencia de la señora Esther Sánchez Botero, perito en antropología jurídica con larga trayectoria, cuyo informe fue entregado a la institución el 24 de enero del 2011.

Si se analizan las sanciones impuestas a los infractores del caso La Cocha 2, a la luz del principio de interpretación intercultural, el baño de agua helada, la aplicación de ortiga, cargar un quintal de tierra desnudo, o los latigazos, no implican la vulneración al derecho humano que prohíbe toda forma de tortura, trato cruel, inhumano o degradante, mientras estas sanciones respondan a una costumbre o práctica ancestral, no produzcan daño a la integridad física de los condenados y no sean desproporcionadas. Un caso similar puede encontrarse en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349-96, ante la impugnación de un miembro de la comunidad indígena embera-chami, de la

sanción del “cepo” que le fue aplicada por su comunidad por la comisión de homicidio. Después de analizar la sanción del cepo con el sustento de estudios antropológicos, la Corte Constitucional colombiana concluyó que se trata de una forma de pena corporal que hace parte de la tradición embera-chami y que la misma comunidad la considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración, sin producir ningún daño en la integridad del condenado. Además según consta de un estudio realizado por el antropólogo Fernando García, el azote, el baño en agua fría o, la ortigada, constituyen prácticas ancestrales aplicadas como sanciones por parte de los pueblos indígenas pertenecientes a la nacionalidad kichwa de la sierra ecuatoriana, ante la comisión de faltas graves.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Fernando García Serrano, Formas Indígenas de administrar justicia..., p. 38.

3) Debido proceso en la justicia indígena. Aunque el principio de interpretación intercultural comprende el análisis del procedimiento jurisdiccional indígena desde una óptica distinta al procedimiento jurisdiccional estatal, la mención de su análisis merece una consideración aparte. En este punto es necesario señalar que el concepto de debido proceso responde a una lógica occidental, sin embargo se ha propuesto la utilización del término para referirse al procedimiento establecido por los pueblos indígenas para el juzgamiento de actos que quebrantan la armonía de la comunidad. Por esta razón, no es posible analizar la violación o no del debido proceso indígena desde las concepciones del derecho eurocéntrico, sino más bien, definir criterios interculturales que concilien las diferentes formas de lograr los objetivos que este persigue.¹⁰⁷ En cuanto a la legitimidad del procedimiento de juzgamiento indígena, la Corte Constitucional debería observar tan solo el acatamiento de las normas, usos y costumbres, tradiciones ancestrales y procedimientos que hacen parte del Derecho consuetudinario indígena, considerando que no existe una sola justicia indígena sino que cada pueblo y nacionalidad tiene su propia forma de administrar justicia, procedimientos que suelen diferir unos de otros.

Entre los objetivos principales que persigue la concepción occidental de debido proceso a la luz de criterios interculturales, podrían observarse los siguientes:

a) *Existencia de una autoridad legítima.* En cuanto a la autoridad competente, la Corte Constitucional debería verificar que la autoridad cuya

¹⁰⁷ B. De Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina...*, p. 111 y 112.

resolución o resoluciones se impugna, ejerza justicia indígena con reconocimiento legítimo de la comunidad, pueblo o nacionalidad. En el caso La Cocha 2, las decisiones indígenas impugnadas fueron emitidas por la asamblea general de La Cocha, máxima autoridad de la comunidad, según el artículo 5 de su Reglamento Interno, con competencia para juzgar casos de extrema gravedad, como el homicidio.

b) *Competencia territorial.* La Corte Constitucional debería verificar que el asunto materia del litigio haya ocurrido en territorio indígena, es decir, dentro del espacio territorial donde se encuentra asentada la comunidad y donde desarrolla su vida social, cultural, económica y política, así como los territorios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos. En el caso La Cocha 2, es necesario precisar que la comunidad de La Cocha es una de 11 comunidades que forman parte de la parroquia rural de Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. Así, el homicidio de Marco Antonio Olivo Pallo, fue perpetrado en el centro de Zumbahua, lugar de donde era oriundo el difunto, mientras que los victimarios eran de Guantopolo, comunidad de la parroquia Zumbahua, sin embargo, los familiares de la víctima y de los victimarios acordaron junto con las autoridades de Guantopolo que el juzgamiento se realice en la comunidad de La Cocha, para evitar parcializaciones debido a que las autoridades de Guantopolo eran familiares de los infractores y en razón de la experiencia de dicha comunidad en la resolución de este tipo conflictos. En consecuencia, las partes renunciaron a sus respectivas jurisdicciones a fin de que esta recaiga en las autoridades de la comunidad La Cocha.

c) *Competencia personal*. La Corte Constitucional debería verificar que el conflicto haya sido resuelto respecto de personas que pertenezcan a pueblos o nacionalidades indígenas, en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT.¹⁰⁸ En el caso La Cocha 2, tanto la víctima como los victimarios son reconocidos como miembros de comunidades indígenas, tal es el caso de parroquia rural de Zumbahua y la comunidad de Guantopolo.

d) *Competencia material*. En la competencia material debería constatarse el conocimiento de asuntos de cualquier naturaleza por parte de autoridades indígenas. El caso de La Cocha 2, responde a un homicidio, asunto que por su extrema gravedad debía ser conocido por la máxima autoridad de la comunidad, como en efecto sucedió. La asamblea general, formada por toda la comunidad, se declaró competente para conocer el caso de homicidio otorgando legitimidad a la decisión.

e) *Derecho a la defensa*. Aunque la concepción occidental del derecho a la defensa no puede y no debe trasladarse íntegramente a los derechos indígenas, tal como ha señalado la Corte Constitucional colombiana en las sentencia T-349/96, en tanto estos derechos no protegen prioritariamente valores individuales como ocurre con el derecho eurocéntrico. Sin embargo, es necesario que el acusado de un acto que contraviene la armonía de la comunidad, tenga la oportunidad de rebatir los argumentos que lo acusan, porque siempre existe el riesgo de que estos estén errados o no sean ciertos.

¹⁰⁸ Convenio 169, artículo 1, letra b): “[...] pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”

En el caso La Cocha 2, según consta del acta de juzgamiento de la comunidad, los acusados tuvieron la oportunidad de defenderse ante la comunidad e incluso presentar testigos, sin embargo, debe considerarse inadecuado el argumento de los acusados de la violación a su derecho al a defensa por no haber contado con un abogado defensor, en razón de que este concepto responde a una lógica occidental y no a la cosmovisión indígena.

4) Mayor autonomía y menos restricciones. El principio de mayor autonomía y menos restricciones debe ser considerado como un importante parámetro por parte de la CCE. Según este principio los pueblos y nacionalidades indígenas gozan de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial y de conformidad con su derecho indígena propio. Esto coincide con la regla “***maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía***” que fijó la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-346/96 para sustanciar procesos en los que intervengan personas o colectividades indígenas. Esta regla establece que en un proceso intercultural en el que se enfrenten los intereses de la sociedad mayoritaria y los de la comunidad indígena, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía indígena, cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1) Cuando se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; y, 2) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

En el caso La Cocha 2, entran en tensión el principio de diversidad cultural y los derechos humanos, específicamente aquel que prohíbe cualquier forma de trato cruel inhumano o degradante. En consecuencia, según el principio de máxima autonomía y mínima restricción, no puede limitarse la autonomía de la comunidad indígena de La Cocha, salvo que lo que se pretenda defender salvaguarde un interés superior. Tal como se analizó anteriormente, las sanciones aplicadas a los infractores como el agua helada o la ortiga, corresponden a prácticas ancestrales de la comunidad que no buscan dañar al cuerpo o mente, sino purificar al que ha contravenido, por tanto al no existir un trato cruel e inhumano, la comunidad mantiene su autonomía y sus decisiones son legítimas.

5) Non bis in idem. El principio de prohibición de doble juzgamiento, debe ser considerado como de esencial importancia en la sustanciación de un proceso de control constitucional de decisiones indígenas, y debe analizarse en doble vía, considerando tanto la prohibición en cuanto a la justicia estatal como a la misma justicia indígena. Que no pueda juzgarse a una persona por un mismo acto dos veces, implica que una vez que se ha sometido a un sujeto a un proceso de juzgamiento por parte de las autoridades de determinada comunidad indígena, ninguna otra comunidad ancestral pueda ejecutar un proceso distinto con identidad de sujeto y objeto; de la misma manera, una vez que se ha juzgado a una persona de acuerdo a la justicia indígena, tampoco es permitido que las autoridades jurisdiccionales estatales intervengan de ninguna manera a fin de volver a juzgar el caso, salvo la acción de control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas.

En consecuencia, la Corte Constitucional debe observar que los procesos en los que intervengan personas indígenas, no sean sometidos a doble juzgamiento, en atención al principio *Non bis in idem*. Las resoluciones indígenas tienen la misma jerarquía y fuerza jurídica que las sentencias o decisiones emitidas por autoridades jurisdiccionales estatales, por tanto causan efecto de “cosa juzgada”, debiendo ser acatadas por las partes involucradas, consideradas como tal por la comunidad y respetadas por las instituciones y funcionarios públicos estatales. El único órgano público autorizado por la Constitución para revisar resoluciones jurisdiccionales indígenas es la Corte Constitucional a través del control de constitucionalidad de decisiones de la justicia indígena, a fin de evitar que las autoridades ancestrales vulneren la Constitución o derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

En el caso de La Cocha 2, el homicidio cometido en la humanidad del señor Marco Antonio Olivo Pallo, fue juzgado debidamente por las autoridades jurisdiccionales de La Cocha, por lo que no debe ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas estatales, excepto en el caso de control constitucional. De esta manera, la demanda incoada por el hermano del difunto, debe ser aceptada en tanto que esta acción se presentó a fin de que la Corte Constitucional se pronuncie respecto a las acciones que por el mismo asunto se han iniciado en la justicia estatal, después de haber sido juzgado en la justicia indígena.

6) In dubio pro justicia indígena. El principio que establece que en caso de duda se estará a favor de la justicia indígena, se encuentra consagrado en el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 344 letra d). Con la determinación de este principio parece evidenciarse la consideración de que la justicia indígena no es una generosa concesión de la Constitución a las nacionalidades y pueblos ancestrales, sino más bien un reconocimiento de su existencia previa al periodo colonial y su permanencia en el tiempo. Siendo un sistema jurídico y legal de tradición pre colonial y habiéndose constatado su aplicación en comunidades indígenas en la actualidad, es justo que se reconozca su valor en un proceso intercultural, incluso por sobre el Derecho de la sociedad blanca mestiza, a fin de evitar que la mayoría vulnere los derechos de la minoría. Así en un proceso intercultural como ocurre en la acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas, siempre que surja una duda, la balanza se inclinará a favor de la justicia indígena, salvo que la violación de derechos humanos por parte de las autoridades tradicionales sea indiscutible.

En el caso La Cocha 2, el juzgamiento de los infractores se realizó de acuerdo a las tradiciones y derecho propio de la comunidad, dentro del ámbito territorial indígena, por tanto se llevo a efecto un procedimiento adecuado para la posterior aplicación de la sanción a quienes transgredieron la paz y armonía comunitaria, sin embargo, si existiera una duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, la Corte Constitucional debe preferir la decisión de la comunidad de La Cocha, de tal manera que a la vez que se cumpla con el

principio *in dubio pro justicia indígena* se asegure el principio de *mayor autonomía y menor intervención posible*.

La enumeración de los principios que anteceden no es taxativa, sino más bien ejemplificadora, con el fin de contribuir en la búsqueda de los parámetros convenientes y apropiados para sustanciar un caso de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas. Debo señalar que estoy segura que cuando la Corte Constitucional ecuatoriana decida resolver el caso La Cocha 2 que tiene en sus manos surgirán nuevos parámetros y consideraciones de trascendental importancia y si a más de aquello decide resolver con la responsabilidad que implica contribuir en el fortalecimiento de un Estado plurinacional y la construcción de una sociedad intercultural, esos parámetros serán verdaderos avances en materia indígena, que servirán como guías para los demás países de la región.

CONCLUSIONES

La pregunta central que se planteó para esta investigación fue: ¿Cuáles son los parámetros que la Corte Constitucional ecuatoriana debe observar en la sustanciación de la acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas?

Para responderla después de formular algunas reflexiones acerca de: el carácter plurinacional del Estado ecuatoriano; el pluralismo jurídico existente en la nación; el control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas como una forma de coordinación y cooperación entre los diversos sistemas jurídicos; y, la tarea de la Corte Constitucional en la armonización del encuentro de culturas, concluyo lo siguiente:

Tomando como referencia los principios y reglas para sustanciar procesos interculturales que constan en la normativa nacional y algunas consideraciones de jurisprudencia comparada en Colombia, los parámetros que la Corte Constitucional debe considerar al momento de resolver un caso de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas son:

1) *Pluralismo jurídico*, a fin de considerar las formas de resolución de conflictos indígenas como órdenes jurídicos de igual jerarquía que la justicia estatal y facultades jurisdiccionales a las autoridades indígenas dentro de su ámbito territorial y de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y Derecho propio.

2) *Interpretación intercultural*, que implica una reflexiva lectura integral e intercultural del catálogo de los derechos humanos. La Corte Constitucional debe considerar elementos culturales relacionados con las costumbres y

prácticas ancestrales de los pueblos indígenas y solicitar la asistencia de expertos como: traductores, antropólogos jurídicos o especialistas en derecho indígena.

3) *Debido proceso en la justicia indígena*, el mismo que no debe ser analizado desde la lógica occidental del debido proceso. Es necesario definir criterios interculturales que concilien las diferentes formas de lograr los objetivos que este persigue, como: autoridad legítima; competencia territorial; competencia personal; competencia material; y, derecho a la defensa.

4) *Mayor autonomía y menos restricciones*, cuando en un proceso intercultural se enfrenten los intereses de la sociedad mayoritaria y los de la comunidad indígena, sólo deben ser admisibles restricciones a la autonomía indígena cuando se cumplan las siguientes condiciones, establecidas por la Corte Constitucional colombiana: 1) Cuando se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; y, 2) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

5) *Non bis in idem*, en razón de que las sentencias o decisiones indígenas tienen el mismo valor jurídico que las sentencias o decisiones estatales y por tanto causan el efecto de cosa juzgada, no pueden ser conocidas nuevamente por la justicia estatal, después de la correspondiente sanción indígena, so pena de vulnerar el principio de prohibición de doble juzgamiento.

6) *In dubio pro justicia indígena*, finalmente ante cualquier duda de parte del juzgador en un proceso intercultural, está deberá resolverse a favor de la

persona o comunidad indígena, en atención al principio Pro jurisdicción indígena.

Aunque de los parámetros desarrollados, pareciera que la justicia estatal y la justicia indígena tienen campos de acciones definidos y separados, de la investigación que he realizado y de las conversaciones que para efectos de conocer más acerca del tema, mantuve con personas indígenas, puedo concluir que no se trata de separar competencias y actuar en forma aislada, sino como la propia Constitución establece, se trata de que las justicias estatal e indígena *coordinen y cooperen* entre ellas, pudiendo incluso actuar en forma conjunta en casos de gravedad que ameriten la confluencia de participación.

La Constitución ecuatoriana de 1998 y la actual de 2008, son sin duda alguna, un importante avance en la armonización cultural y jurídica de las inevitables tensiones entre el eurocentrismo y la cosmovisión indígena. Aunque la autodeclaración constitucional del Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural, implica conceptos en construcción, determina la base sobre la cual, como consta en el preámbulo, debemos establecer una nueva convivencia en diversidad para alcanzar el *sumak kawsay*.

El reconocimiento de la justicia indígena, por la cual es posible la acción de control constitucional de sus decisiones, ha sido consagrado en nuestra Norma Fundamental, sin más restricciones que el procedimiento de acuerdo a sus tradiciones y derecho propio, el ámbito territorial –término que necesita aclaración-, la propia Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, en consecuencia en tanto que no existe

restricciones de materia, las autoridades indígenas son competentes para resolver toda clase de conflictos.

Es necesario que la normativa nacional complemente las disposiciones constitucionales en materia indígena, aunque existen ciertas consideraciones en el Código Orgánico de la Función Judicial, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, no es suficiente. El legislador debe observar que existen algunas contradicciones entre las disposiciones legales y reglamentarias y aquello que establece la Constitución.

Todos los órganos e instituciones estatales tienen la tarea de contribuir al diálogo intercultural desde cada una de sus atribuciones y facultades, no obstante el Legislador y la Corte Constitucional, juegan un papel de suma importancia para alcanzar la coordinación y cooperación entre las justicias estatal e indígena, creando la necesaria normativa jurídica en la materia.

El legislador debe expedir la ley que permita que las justicias dialoguen interculturalmente, sin que de sus disposiciones se entienda que una se sobrepone a la otra, sino más bien, intentando alcanzar una labor conjunta y corresponsable. Por su lado, la Corte Constitucional, debe aceptar su papel histórico en la creación de precedentes jurisprudenciales en materia indígena, su rol trascendental en el constitucionalismo ecuatoriano actual debe comprometerla en el desarrollo de un Estado plurinacional y la construcción de una sociedad intercultural.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo, Sara, *Pluralismo jurídico en Moçambique. Uma realidade em movimento*, en *Revistas Sociológica Jurídica* No. 6 ISSN: 1809-2721, Coimbra-Portugal, Universidad de Coimbra, Junio 2008, p. 7 -9.

Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador, El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011.

Badillo O'Farrell, Pablo, *¿Pluralismo versus multiculturalismo?* en *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo, reflexiones para un mundo plural*, Madrid, Ediciones Akal S.A., 2003.

Baltazar Yucailla, Rosa Cecilia, *La Justicia Indígena en el Ecuador*, en *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Bamba, John, *El desarrollo libremente determinado de los pueblos indígenas*, en 1-2/10 *Asuntos Indígenas, Desarrollo y Derecho Consuetudinario*, Copenhague-Dinamarca, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010.

Barca, Enrique M. y Pérez Prendes, José Manuel, *Iberoamérica, una comunidad*, tomo I, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1989.

Bonilla, Daniel, *Los derechos fundamentales y la diferencia cultural, análisis del caso colombiano*, en la dirección electrónica: <http://www.seminario2005.unal.edu.co/Trabajos/Bonilla/Los%20derechos%20fundamentales%20y%20la%20diferencia%20cultural.pdf>.

Borello, Raúl G., ponencia realizada en la XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, *Sobre el pluralismo jurídico*, en http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/teoria_del_derecho/36.pdf.

Borja Jiménez, Emiliano, *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.

Carvajal, Patricio, *La reforma política. Una introducción al pensamiento político – jurídico del protestantismo en los siglos XVI y XVII* en Revista de estudios históricos-jurídicos No. 21, Valparaíso - Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1999.

Concha, Jaime, *La sangre y las letras*, Ciudad de la Habana, Casa de las Américas, 1986.

Córdova Vianello, Lorenzo, *Liberalismo, democracia, neoliberalismo e ingobernabilidad*, en Revista Mexicana de Sociología, Vol. 58, No. 4, Oct. – Dic. 1996.

De Sousa Santos, Boaventura, *Enriquecer la democracia construyendo la plurinacionalidad, en Democracia, Participación y Socialismo*, Quito, Fundación Rosa Luxemburg, 2010.

De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur*, La Paz, Editorial Plural, 2010.

De Sousa Santos, Boaventura, *The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique*, en Law and Society Review, Vol. 40, No. 1, Mar 2006.

Ferrajoli, Luigi, *democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2010.

García Serrano, Fernando, *Formas Indígenas de administrar justicia. Estudio de casos de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Quito, FLACSO, 2002.

Gorrotxategi Azurmendi, Miren, *La gestion de la diversidad cultural: multiculturalismo en una sociedad plurinacional. El interculturalismo québécoise frente al multiculturalismo canadiense*, Madrid, Revista de Estudios Políticos (nueva época) No. 129, julio-septiembre 2005.

Grijalva Jiménez, Agustín, *El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008*, en *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*, Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (edit.), Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Grijalva Jiménez, Agustín, *Evolución histórica del Control Constitucional en Ecuador*, en *Constitucionalismo en Ecuador*, Pensamiento Jurídico Contemporáneo 5, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *Los jueces y la política, Poder judicial y democracia*, Madrid, Grupo Santillana de Ediciones S.A., 1999.

Haro, Ricardo, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Córdoba-Argentina, 2004.

Jameson, Frederic y Žižek, Slavoj, *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Editorial Paidós SAICF, 1998.

Jopkke, Christian, Multiculturalism and Immigration: A comparison of the United States, Germany and Great Britain, en *Theory and Society, Renewal and Critique in Social Theory*, Vol. 25, No. 4, Aug. 1996, p. 451-454, <http://www.jstor.org/stable/i227044>.

Kymlicka, Wil, *La política vernácula: Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Madrid, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2003.

Llasag Fernández, Raúl, *Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: El Caso la Cocha*, ponencia presentada para publicación “Develando el desencanto: informe sobre derechos humanos Ecuador 2010. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Programa Andino de Derechos Humanos, PADH; Abya Yala.

Lopera, Gloria Patricia, *¿Rompiendo el cerco o ensanchando las fronteras del liberalismo?* Comentario al libro de Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2006.

Máiz, Ramón, *Los nacionalismos antes de las naciones*, Distrito Federal México, Política y Cultura, Universidad Autónoma Metropolitana –Xochimilco, 2006.

Malamud, Andrés, *Partidos Políticos*, versión 2002, para Introducción a la Ciencia Política, Julio Ernesto Pinto (comp.), en <http://ns.fcs.edu.uy/enz/licenciaturas/csociales/partidos%20Malamud.pdf>.

Montaña Pinto, Juan, *La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia*, en *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*, Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (edit.), Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *Vías de Hecho. Acción de Tutela contra Providencias*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, abril 2007.

Saltos, Vanesa, *Acceso al sistema de administración de justicia estatal*, en Formas Indígenas de administrar justicia. Estudio de casos de la nacionalidad quichua ecuatoriana Quito, FLACSO, 2002.

Sánchez Botero, Esther y Jaramillo, Isabel Cristina, *La Jurisdicción especial indígena*, en Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Sánchez Botero, Esther, *Peritaje en antropología jurídica*, presentado a la Corte Constitucional de Ecuador en el caso 073-10-EP “La Cocha”, Enero 24 del 2011.

Sánchez, Beatriz Eugenia, *El reto del multiculturalismo jurídico, la justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena*, en el caleidoscopio de las justicia en Colombia, Análisis socio-jurídico, Tomo II, Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (edit.), Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

Sánchez, Beatriz Eugenia, *La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional*, en La Corte Constitucional, el año de la consolidación, Balance jurisprudencial de 1996, Observatorio de Justicia Constitucional, Santafé de Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1998

Sanchís, Luis Prieto, *Constitucionalismo y Positivismo*, México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., 1999.

Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Grupo Santillana de Ediciones S.A., 2001, p. 18

Serrano Pascual, Aracely, *Manifestaciones étnicas y cívico-territoriales de los nacionalismos*, Madrid, REIS 82, 1998.

Simon Thomas, Marc, *Legal pluralism and interlegality in Ecuador, The La Cocha murder case*, en Cuadernos del CEDLA No. 24, Amsterdam, Centre for Latin American Studies and Documentation, 2009.

Smith, Anthony D., *Nacionalismo y Modernidad*, Madrid, Ediciones Istmo S.A., 2000.

Smith, Anthony D., ¿Hacia una cultura global? ¿Towards a global cultura? en Mike Featherstone (ed), *Global, Culture, Nationalism, Globalization and Modernity*, traducción de Warren Stowe, London, Sage Publications, 1990.

Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho consuetudinario en América Latina*, en Antología, Grandes temas de la Antropología Jurídica, V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Justicia y Diversidad en tiempos de Globalización. En homenaje a Jane F. Collier. Del 16 al 20 de octubre de 2006. Oaxtepec, Morelos, México.

Tertsch, Hermann, *¿Hacia un nuevo orden mundial?* En en Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo, reflexiones para un mundo plural, Madrid, Ediciones Akal S.A., 2003.

Tiban Guala, Lourdes e Ilaquiche Licta, Raúl, *Jurisdicción Indígena, en la Constitución Política del Ecuador*, Latacunga, Fundación Hanns Seidel, diciembre 2008.

Tierney, Stephen, *Reframing Sovereignty? Sub-state National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-state* en The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 54, No. 1.

Trujillo, Julio César “Justicia indígena y pluralismo jurídico” en *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Laura Giraudo (edit), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucional, 2008, p. 268.

Van Cott, Donna Lee, “Pluralismo legal y administración de justicia comunitaria informal en América Latina”, en *Antología, Grandes temas de la Antropología Jurídica, V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Justicia y Diversidad en tiempos de Globalización*. En homenaje a Jane F. Collier. Del 16 al 20 de octubre de 2006. Oaxtepec, Morelos, México.

Walsh, Catherine, “Estado Plurinacional e Intercultural: La descolonización y refundación del Estado Ecuatoriano” en *Política Exterior y Soberanía*, Venezuela, Instituto de Altos Estudios Diplomáticos Pedro Gual, 2008.

Walsh, Catherine, *Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, Sociedad, Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Quito, Ediciones Abya-Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

Wolkmer, Antonio Carlos “Pluralismo jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina”, en *Derecho y Sociedad en América Latina, un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Mauricio García & Cesar A. Rodríguez (eds), Bogotá, colección En Clave de Sur, abril 2003.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, “El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos”, en *El reto de la Diversidad*, Willem

Assies/Gemma van der Haar/André Hoekema (edit), México, Colegio de Michoacán, 1999.

ANEXOS

